Bessel, August

Die Subhastation nach Rheinischem Rechte zwei Theile in einem Bande. I. Grundsätze und Bedingungen der Subhastation (expropriation forcée). II. Die Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822, paragraphenweise erläutert unter vollständiger Berücksichtigung der bisherigen Jurisprudenz

Köln 1852

# Die Subhastation

# nach Rheinischem Rechte.

Von

**August Bessel,**

Advocat-Anwalt am Rheinischen Appellations-Gerichts-Hofe
zu Köln.

Zwei Theile in Einem Bande.

I. Grundsätze und Bedingungen der Subhastation (expropriation forcée).
II. Die Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822, paragraphenweise erläutert unter vollständiger Berücksichtigung der bisherigen Jurisprudenz.

**Köln, 1852.**
**Verlag von Franz Carl Eisen.**

Druck von Chr. Gehly in Köln.

Seinem hochverehrten Vater

dem Präsidenten

des Königlichen Landgerichts zu Cleve

# Moritz Carl August Bessel

in dankbarer Liebe und Ehrerbietung gewidmet

von dem

Verfasser.

# Inhaltsangabe.

## Theil I.

### Von den Grundsätzen und Bedingungen der Subhastation (expropriation forcée).

# Theil III.

## Die Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822.

## Anlagen.

# Einleitung.

Wer sich persönlich verpflichtet hat, sagt der Art. 2092 B. G. B., haftet für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit mit allen seinen beweglichen und unbeweglichen Gütern; das ganze Vermögen ist das gemeinsame Unterpfand aller Gläubiger ohne Unterschied, und alle Gläubiger haben im Allgemeinen das gleiche Recht, aus den Gütern des Schuldners ihre Befriedigung zu holen, wenn nicht besondere Ursachen bestehen, welche dem einen den Vorzug vor dem andern geben (Art. 2093, 2094 B. G. B.). — Aber nicht die Güter selbst sind das Befriedigungsobjekt, sondern der aus ihnen zu erzielende Kaufpreis. Hieraus folgt von selbst das Recht der Gläubiger, die Vermögensstücke ihrer Schuldner zum Zwangsverkauf zu bringen und die Nothwendigkeit, die Ausübung dieses Rechts durch bestimmte gesetzliche Normen zu regeln.

In wiefern nun ein Gläubiger in exekutivischer Beitreibung seiner Forderung Immobilien zum Zwangsverkauf bringt, spricht man von einer Subhastation, und das zu beobachtende Verfahren nennt man das Subhastations- oder auch Expropriationsverfahren, welcher letztere Ausdruck freilich bekanntlich auch eine andere Bedeutung hat, insofern er sich auf die Eigenthumsentziehung zum öffentlichen Nutzen bezieht. Doch kommt hier allein die Expropriation Schuldenhalber, welche das bürgerliche Gesetzbuch technisch: „**expropriation forcée**“ nennt, in Betracht. Diese Expropriation zu bewirken, ist im Allgemeinen jeder Gläubiger berechtigt, mit andern Worten: jeder Gläubiger hat an sich die Befugniß, zur Befriedigung seiner Forderung unter Beobachtung des gesetzlichen Verfahrens, die Immobilien seines Schuldners durch die von dem Gesetz hierzu bestellten Beamten zwangsweise verkaufen oder subhastiren zu lassen. — Bis soweit ist der Rechtsgrund der Subhastationsbefugniß lediglich in den Art. 2092 und 2093 B. G. B. zu finden und bis soweit ist nur von der Subhastation derjenigen Immobilien die Rede, welche sich im Eigenthum des Schuldners befinden. Weil aber das Gesetz in Beziehung auf Immobilien ein von dem Eigenthum unabhängiges **droit de suite** kennt, welches auf dem hypothekarischen Nexus beruht, so haben gewisse Gläubiger noch überdies das Recht, zur Befriedigung ihrer Forderungen sogar die Immobilien dritter Personen zur Subhastation zu bringen, insofern sie auf irgend eine Weise an diesen Immobilien ein hypothekarisches Recht erlangt und gewahrt haben. (Art. 2166 B. G. B.)

Die Subhastation bietet also zwei Seiten dar, je nachdem sie sich auf Grundstücke des Schuldners selbst oder auf hypothekarisch haftende

Grundstücke dritter Personen bezieht, und je nachdem sie gegen den persönlichen Schuldner oder gegen den bloßen Hypothekarschuldner gerichtet wird; in beiden Fällen kommen aber, nicht blos das zu beobachtende Verfahren, sondern auch die allgemeineren Rechtsgrundsätze über Subhastation überhaupt in Betracht. Nämlich nicht jeder Gläubiger kann ohne Weiteres wegen jeder Forderung alle von dem Gesetz für unbeweglich erachtete Vermögensstücke eines jeden Schuldners vor einem beliebigen Forum subhastiren lassen, sondern in allen hier angedeuteten Beziehungen sind die geltenden Grundsätze theils aus mehr allgemeinen Rechtsprincipien, theils aus den besondern, in den Art. 2204 bis 2217 enthaltenen Bestimmungen des Civil-Gesetzbuchs über die Expropriation Schulden halber, theils aus andern gesetzlichen Vorschriften zu entwickeln.

Dies ist die Aufgabe des ersten Theils dieses Buches, der sich hiernach allein auf das materielle Recht der Subhastation bezieht.

Der zweite Theil dagegen wird die Erläuterung der Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822 zum Gegenstande haben und sich daher, wie dieses Gesetz selbst, zunächst zwar auf das Verfahren beziehen; doch werden auch manche materiellen Rechtsverhältnisse zur Sprache kommen müssen, insofern sie als eine Folge der Subhastation oder einzelner Akte derselben erscheinen.

Das Gesetz vom 1. August 1822 hat nicht nur an den Principien des Französischen Rechts über den Zwangsverkauf von Immobilien Nichts geändert, sondern es hat auch die besondern, in dem Civilgesetzbuch über **expropriation forcée** enthaltenen Bestimmungen, so wie die sonstigen auf diese Materie bezüglichen Gesetze nicht tangirt; es hat nur die bis dahin bestehenden Formen der **saisie immobilière** vereinfacht und geändert und selbst bei dieser Aenderung die Hauptmomente des Verfahrens, wenn auch in der äußern Erscheinung vielfach umgewandelt, doch in der Regel mit denselben Wirkungen bestehen lassen, die ihnen schon die beiden aufgehobenen Titel der B. P. O.: „**de la saisie immobilière**“ und: „**des incidens sur la poursuite de saisie immobilière**“ beilegten.

Hieraus erklärt es sich, warum das Studium der Französischen Jurisprudenz zum Verständniß unserer Subhastations-Ordnung unentbehrlich ist, und warum bei der Darstellung des materiellen Rechts der Subhastation das Gesetz vom 1. August 1822 nur selten in Betracht kommen kann; man wird es daher nicht befremdend finden, daß auf der einen Seite der erste Theil dieses Buchs die Subhastations-Ordnung nur selten erwähnt, auf der andern Seite dagegen im zweiten Theil die Französische Jurisprudenz vielfach als Hülfsmittel zur Auslegung des erwähnten Gesetzes benutzt wird.

# Capitel I.

## Von der Person desjenigen, der die Subhastation betreibt.

### §. 1.

Da nach den Art. 2092 und 2093 B. G. B. auch die unbeweglichen Güter eines Schuldners das gemeinsame Unterpfand seiner Gläubiger sind, und da das Gesetz in dieser Hinsicht zwischen den verschiedenen Arten der Gläubiger nicht unterscheidet, so folgt daraus von selbst, daß als Regel hingestellt werden muß: „Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Immobilien seines Schuldners zur Subhastation zu bringen, um nachher aus dem zu erzielenden Kaufpreise die Befriedigung seiner Forderung zu beanspruchen. (Art. 2204 B. G. B.)"

In der That hat die aufgestellte Regel so sehr allgemeine Gültigkeit, daß es für die Subhastationsbefugniß eines Gläubigers keinen Unterschied macht, ob seine Forderung eine hypothekarische oder blos eine chirographarische ist (**Pigeau II p. 271 Persil fils comm. I N°. 57. Duranton XXI, 30 ff. Sirey XXXIV, 2 635**) und daß auch derjenige Gläubiger zur Immobilarexekution berechtigt ist, der wegen der ihm vorgehenden hypothekarischen oder privilegirten Gläubiger voraussichtlich aus dem Kaufpreise der Grundstücke seines Schuldners nichts erhalten wird (**Dalloz XI p. 676 N°. 2. Cass. Paris 10. Februar 1818. Journ. des. av. XX p. 509**). Da ferner Hypotheken und mit hypothekarischem Recht versehene Privilegien den Gläubigern das Recht geben, den verpfändeten Immobilien in die Hände Dritter zu folgen, so erstreckt sich die allgemeine Subhastationsbefugniß der Hypothekargläubiger nicht blos auf die Immobilien ihrer Schuldner, sondern auch auf die ihm hypothekarisch haftenden Grundstücke Dritter.

Wenn nun aber auch in thesi jeder Gläubiger zur Subhastation legitimirt ist, so tritt doch theils bei einigen Arten derselben insofern eine Besonderheit ein, als sie aus Gründen, die in ihrer Person liegen, nicht selbst auftreten können, sondern durch eine andere Person vertreten oder wenigstens autorisirt sein müssen, theils verdient die Frage eine nähere Besprechung, in wiefern ein Gläubiger sich durch einen Mandatar vertreten lassen könne — endlich muß von einigen zur Zwangsvollstreckung in Immobilien berechtigten Personen im Besondern die Rede sein, weil bei ihnen entweder specielle ge-

setzliche Bestimmungen oder eigenthümliche Rechtsverhältnisse zur Sprache kommen. Von allen diesen Punkten sollen die wichtigsten in den folgenden Paragraphen besprochen werden.

## Abschnitt I. Von minderjährigen oder interdicirten Personen unter Vormundschaft.

### §. 2.

Da diese Personen überhaupt nicht selbstständig, sondern nur durch den Vormund in Bezug auf ihre Vermögensrechte handeln können, so versteht es sich von selbst, daß nur der Vormund in ihrem Namen gegen ihre Schuldner zur Subhastation schreiten kann und zwar gilt dies sowohl von dem Interdicirten, der nach Art. 505 B. G. B. unter Vormundschaft gestellt ist, als auch von dem Minderjährigen, da der Art. 509 B. G. B. ersteren dem letzteren assimilirt. Es könnte sich daher auch nur fragen, ob der Vormund, um zur Subhastation gegen einen Schuldner des Minderjährigen übergehen zu dürfen, eine Autorisation des Familienraths nöthig habe. Daß er aber hierzu keiner Autorisation bedürfe, geht aus folgenden Erwägungen hervor:

Da der Vormund durch den Art. 450 B. G. B. die Befugniß und die Pflicht erhalten hat, den Mündel in allen bürgerlichen Rechtshandlungen zu vertreten und das Vermögen desselben wie ein guter Hausvater zu verwalten, so muß als Regel aufgestellt werden, daß er alle Rechtshandlungen für sich allein vornehmen darf, wo nicht ein specielles Gesetz die Autorisation durch den Familienrath vorschreibt. Nun verbietet aber der Art. 464 B. G. B. dem Vormund nur, eine auf die Immobilarrechte des Minderjährigen bezügliche Klage ohne Autorisation des Familienraths anzustellen. Hieraus folgt von selbst, daß er ohne Autorisation alle Klagen anstellen kann, welche sich auf die Mobilarrechte des Mündels beziehen (Toullier II, 1238. Duranton III, 553) und daß er ebenso für sich allein befugt ist, alle ausstehenden Kapitalien einzutreiben. Da ferner eine Forderung von ihrer beweglichen Natur dadurch nichts verliert, daß sie durch eine Hypothek sicher gestellt ist, so kann der Vormund ohne Ermächtigung auch die Forderungen eintreiben, für welche eine Hypothek haftet (Rh. Arch. 11. 1. 232, — II. Senat 20. März 1828). und da die Subhastation in Bezug auf den Gläubiger weiter nichts ist, als eine Art der Eintreibung seiner Forderung, also die Verfolgung eines Mobilarrechts, so kann es nicht bezweifelt werden, daß der Vormund alle Forderungen des Mündels, (sowohl die bloß chirographarischen als auch die hypothekarischen) im Wege der Subhastation (und zwar nicht blos gegen den ursprünglichen Schuldner, sondern auch gegen den Drittbesitzer einer verpfändeten Liegenschaft) ohne eine besondere Ermächtigung des Familienraths einzutreiben befugt ist. (Vgl. Zachariae I, 252. Persil fils comm. I, p. 48 N°. 57. Sirey VII. 2. 1242. Dalloz XI, 677 N°. 3. Duranton XXI, 33).

§. 3.

Dasselbe, was im vorigen Paragraphen gesagt ist, gilt auch von dem freiwilligen Pfleger eines minderjährigen Kindes (tuteur officieux) Art. 365 B. G. B. Auch versteht es sich von selbst, daß der Vater während stehender Ehe die etwaigen Forderungen der in seiner Gewalt befindlichen Kinder auf gleiche Weise eintreiben kann, ohne irgend einer Ermächtigung zu bedürfen.

## Abschnitt II. Von emancipirten Minderjährigen.

§. 4.

Der emancipirte Minderjährige hat die Verwaltung seines Vermögens und kann alle Vermögenshandlungen für sich allein vornehmen, wo nicht ein bestimmtes Gesetz die Mitwirkung eines Kurators vorschreibt. Deßwegen und weil Art. 482 B. G. B. gedachte Mitwirkung nur für die Anstellung einer Immobilarklage vorschreibt, meint Toullier, der Emancipirte könne alle nur auf Mobilarrechte bezügliche Klagen ohne Kurator betreiben (Toullier II, 1296). Indessen kann er nach demselben Art. 482 ohne Assistenz eines Kurators in gültiger Weise kein Mobilarkapital erheben und darüber quittiren. Es könnte sich daher, wenn man der Ansicht Toullier's folgen wollte, ereignen, daß ein Verklagter zur Zahlung eines Kapitals an eine Person verurtheilt würde, die in der Eigenschaft, in welcher sie im Proceß auftrat, die Zahlung gar nicht empfangen kann. Duranton hat daher gewiß Recht, wenn er unterscheidet zwischen solchen Rechten, welche der Emancipirte für sich allein, und solchen, die er nur unter Assistenz eines Kurators vornehmen kann, und wenn er folgeweise ihm allein nur diejenigen Klagen verstattet, welche sich auf erstere beziehen (Duranton III, 669). Will daher ein emancipirter Minderjähriger subhastiren, so muß er sich sowohl bei Erlaß des Zahlungsbefehls, als auch bei allen spätern Handlungen von einem Kurator assistiren lassen, den er sich nach Art. 480 B. G. B. vom Familienrath ernennen lassen kann und zwar wird der Subhastat so lange mit Erfolg gegen das Verfahren opponiren können, bis ein Kurator die Schritte seines Gläubigers billigt, und nur dann, wenn sich die Subhastation auf solche Forderungen beschränkt, die wie z. B. Zinsen oder Miethrückstände zur Kategorie der Revenüen gehören, wird der Emancipirte keiner Assistenz bedürfen, weil er alle sich hierauf beziehenden Zahlungen für sich allein in Empfang nehmen kann. (Duranton XXI, N°. 34).

Das bisher Gesagte gilt jedoch nicht von denjenigen Emancipirten, die nach Art. 2 des H. G. B. als Handeltreibende anzusehen sind. Solche Minderjährige, welche die Erfordernisse des angezogenen Artikels in sich vereinigen, werden in Bezug auf ihren Handel als Großjährige betrachtet Art. 487 B. G. B. und sind sie daher aus Veranlassung ihres Handels, z. B. wegen einer Waarenlieferung Gläubiger geworden, so können sie dieserhalb

subhastiren ohne daß ihnen ein Kurator assistirt. In allen andern Verhältnissen jedoch, welche sich nicht auf ihren Handel beziehen, fallen sie wieder unter die aufgestellte Regel.

## Abschnitt III. Von Personen, die einen ständigen Beirath haben.

### §. 5.

Ernennt das Gericht, indem es einer Interdiktionsklage nicht deferirt, nichts destoweniger unter Anwendung des Art. 499 B. G. B. dem Interdiktionsverklagten einen Beirath, so wird er in Zukunft nur unter Mitwirkung dieses Beiraths zu einer Subhastation schreiten können; ebenso verhält es sich mit demjenigen, welchem wegen seiner Verschwendung ein Beirath gegeben ist. Art. 513 B. G. B.

## Abschnitt IV. Von Gemeinden und öffentlichen Anstalten.

### §. 6.

Die Gemeinden können weder als Kläger noch als Beklagte vor Gericht auftreten, ohne vorher durch einen Beschluß der Regierung zu dem Proceß ermächtigt zu sein (loi du 29. vend. an 5.—arreté v. 17. vend. an 10.— 28. pluv. an 8. loi du 14. dec. 1789 Art. 54. — Ressortreglement vom 20. Juli 1818 §. 5). und ihnen stehen Kirchen, Spitäler und andere öffentlichen Anstalten gleich; hiernach entsteht die Frage, ob sie, um zu einer Subhastation schreiten zu können, ebenfalls der Autorisation der Regierung bedürfen.

Im §. 4 ist die Ansicht ausgesprochen, daß der emancipirte Minderjährige, wenigstens da, wo es sich um Eintreibung eines Kapitals handelt, schon zur Erlassung des Zahlungsbefehls, wie überhaupt zu allen Handlungen im Verfahren der Assistenz eines Kurators bedürfe; aber diese Ansicht hat ihren speziellen Grund in dem Art. 482 B. G. B., indem angenommen wurde, daß Jemand, der nicht einmal eine Zahlung empfangen könne, auch nicht berechtigt sei, Akte vorzunehmen, die auf einen Zwang zur Zahlung hinauslaufen. Bei den Gemeinden trifft der erwähnte Grund jedoch nicht zu, denn diese bedürfen bloß zu eigentlichen Processen der Autorisation der Regierung. Nun ist klar, daß das Subhastationsverfahren an sich noch kein Rechtsstreit ist, sondern erst dann zum Rechtsstreit werden kann, wenn sich Kontestationen erheben; vielmehr handelt es sich, da die Zwangsvollstreckung in Immobilien nur auf Grund eines exekutorischen Titels vorgenommen werden kann, zunächst nur um eine Exekution, die bereits vorher Namens der Staatsgewalt befohlen war. Es wird daher auch ziemlich allgemein angenommen, daß eine Gemeinde oder öffentliche Anstalt weder zur Erlassung des Zahlungsbefehls noch zur Betreibung des Verfahrens einer Autorisation bedürfe.

(Lachaize I. p. 63 N°. 53. Paignon I. p. 44 §. 1. — Carré et Chauveau Qu. 2198 bis §. 1). Für die Rheinprovinz findet diese Ansicht noch eine Stütze in der Cabinets-Ordre vom 10. Januar 1830, die sich zwar auf einen andern Fall bezieht, aber gewiß ein Argument a maiore ad minus darbietet; hiernach soll nämlich sogar zur Anstellung einer Klage für eine Gemeinde oder andere öffentliche Anstalt dann keine Autorisation nöthig sein, wenn es sich um rückständige Zinsen, Gefälle oder dergleichen handelt und der Ursprung der Schuld nicht bestritten wird.

## §. 7.

Sobald es jedoch zu Kontestationen kommt, d. h. sobald Einreden gegen die Zulässigkeit oder Gültigkeit des Verfahrens erhoben werden, ist für die Gemeinde eine Autorisation nöthig um vor Gericht auftreten zu können; dann ist das Verfahren nicht mehr eine reine Vollstreckung, sondern ein Rechtsstreit über die Vollstreckung geworden. Deßwegen muß, wie auch allgemein geschieht, die Regel aufgestellt werden, daß eine Gemeinde hinsichtlich aller Einsprüche gegen ein von ihr eingeleitetes Subhastationsverfahren nur dann vor Gericht gehört werden kann, wenn sie sich als autorisirt ausweiset. Nichtsdestoweniger möchte die aufgestellte Regel in dem Falle eine Ausnahme erleiden, wo die Gemeinde auf Grund eines Urtheils subhastirt, welches sie selbst erwirkt hat; denn hier war sie bereits zur Führung des Processes autorisirt und wenn sie in Folge dessen ein Urtheil erwirkt hat, so muß sie auch für autorisirt erachtet werden, dasselbe zu vollstrecken und die sich der Vollstreckung entgegenstellenden Hindernisse hinwegzuräumen. Der aus dem Einspruch gegen das Verfahren entstehende Prozeß ist kein neuer, sondern nur eine Folge des frühern. Zwar ist im Allgemeinen in Betreff der Autorisation das Princip der Specialität das unbestreitbar richtige, indessen wird mehrfach sowohl von Schriftstellern als auch von den Gerichtshöfen anerkannt, daß die Autorisation für einen Proceß auch für die aus demselben sich entwickelnden Rechtsstreite gilt; so wird die Autorisation zur Anstellung einer Klage zugleich als Ermächtigung betrachtet, einer Peremptionsklage zu antworten (Merlin Quest. v°. Commune §. 5 N°. 3. Dalloz V p. 24. Sirey an 1810. 122), ferner sich gegen jede Incidentklage, auch gegen die erst nach dem Urtheil über den Hauptproceß angestellte, zu vertheidigen (Amiens 12. Januar 1821. — Cass. 17. Nov. 1824. Bourges 6. März 1826. Dalloz V p. 28); so wird ferner die einmal ertheilte Autorisation auch als für die Appellinstanz genügend angesehen. (II. Senat 20. Mai 1826. Arch. 9. 1. 227. I. Senat 5. März 1827. Arch. 10. 1. 181). Das Princip, wonach eine Autorisation zu einem bestimmten Proceß auch für alle sich daran knüpfenden Proceduren und selbst für alle andern daraus entstehenden Processe genügt, wurde übrigens auch von dem Appellhof zu Köln in mehreren Fällen anerkannt, wo es sich von der Autorisation des

Ehemannes handelte; so erkannte z. B. der II. Senat am 5. Mai 1836 (Arch. 24. 1. 64), daß eine in Bezug auf eine Erbtheilungsklage autorisirte Ehefrau es auch in Bezug auf spätere Rechtsstreite mit ihren Gläubigern sei, die in die Erbtheilung interveniren — und am 12. Juli 1832 (Arch. 17. 1. 51), daß eine generelle Ermächtigung der Frau durch ihren Ehemann, alle in Bezug auf eine Erbschaft nöthigen Handlungen vorzunehmen, auch für eine in Bezug auf diese Angelegenheiten angestellte Desaveu-Klage genüge. Endlich wurde durch ein Urtheil des Appellhofes zu Poitiers vom 10. Juni 1823 (angeführt bei Carré et Chauveau Quest. 2198 bis §. 1), angenommen, daß eine Ehefrau, die im Wege der saisie immobilière ein Urtheil vollstrecken wolle, welches sie in einem Proceß erwirkt habe, zu dem sie autorisirt war, keiner neuen Ermächtigung bedürfe.

Die in diesen Fällen entscheidenden Gründe passen offenbar auch für den Fall, wo es sich von Einsprüchen gegen die Vollstreckung eines Urtheils handelt, welches eine Gemeinde selbst erwirkt hat.

In allen andern Fällen jedoch z. B., wenn der der Vollstreckung zu Grunde liegende Titel ein Notarialakt oder eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde oder auch ein Judikat ist, das aber erst durch Cession oder anderweite Succession auf die betreffende Gemeinde kam — muß die Regel wieder in Kraft treten, nach welcher für die sich erhebenden Kontestationen eine Autorisation erforderlich ist.

## §. 8.

Wie verhält es sich aber, wenn der Gemeinde die Autorisation da fehlt, wo sie nöthig ist?

Daß der Mangel auch von der Gegenpartei geltend gemacht werden könne, kann kaum zweifelhaft sein (Cass. 24. April 1809. — 16. Mai 1810. — 18. Juni 1823. Dalloz V. p. 3 — 15. Berriat p. 668, not. 15. N°. 2); ja sogar ist er ex officio von dem Gericht zu berücksichtigen, über welche Pflicht des Richteramts sich bei Sirey an XIII, p. 246 eine merkwürdige Entscheidung des Pariser Cassations-Hofes vom 10. nivôse an 13. findet; hier kassirte nämlich der Hof, vor welchem die Parteien nur wegen anderer moyens plaidirten, ex officio ein zu Gunsten einer klagenden Gemeinde ergangenes Urtheil, weil ihr die Autorisation zum Proceß gemangelt hatte. So viel steht also fest, daß die Gemeinde kein den Einspruch des Subhastaten verwerfendes Urtheil erwirken kann, wenn sie nicht die Ermächtigungsurkunde vorlegt und zwar liegt ihr selbst und nicht dem Opponenten die Pflicht ob, die Autorisation beizubringen, da das Gesetz vom 17. vend. an X. nur den Gläubigern einer Gemeinde die Pflicht auferlegt, sich die Erlaubniß der Regierung ertheilen zu lassen, wenn sie eine Klage anstellen wollen, welcher Fall hier gar nicht vorliegt. Hat daher der Subhastat in irgend einem Stadium des Verfahrens, sei es gleich nach dem Zahlungsbefehl, sei

es später, sei es selbst erst bei oder nach dem Licitationstermine Einsprüche erhoben und kommt die Sache in Folge der Einsprüche bei dem Landgericht zur Verhandlung, so mag das Gericht allerdings aus Billigkeitsrücksichten eine Frist zur Beibringung der Ermächtigungsurkunde bewilligen; wenn aber die Gemeinde die erforderliche Autorisation nicht beibringt, so wird das Landgericht sie für unbefugt erklären, das Vollstreckungsverfahren, welches nun zu einem kontentieusen geworden ist, fortzusetzen resp. aufrecht zu erhalten, und daher das ganze bisherige Verfahren vernichten.

§. 9.

Daß bei Einleitung des Subhastationsverfahrens für alle sich etwa ergebenden Kontestationen im Voraus die Autorisation ertheilt werden könne, erscheint nach dem, was bereits im §. 7 gesagt wurde, kaum zweifelhaft; in der That handelt es sich ja auch nur von einer Exekution eines und desselben Rechtsanspruchs und alle Kontestationen sind gewisser Maßen weiter Nichts als die verschiedenen moyens derselben actio, welche dahin strebt, die Vollstreckung zu hindern. Eine im Beginn des Verfahrens ausgestellte Autorisation, welche dahin lautet zu subhastiren und zur Beseitigung aller Einsprüche, die sich ergeben werden, den Rechtsweg zu beschreiten, muß daher als vollkommen genügend betrachtet werden.

Uebrigens wird jede Gemeinde oder öffentliche Anstalt wohl thun, sich gleich bei Einleitung des Verfahrens eine solche Autorisation ertheilen zu lassen, weil sie sonst leicht in die Lage kommen wird, die erforderliche Ermächtigung nicht zeitig genug zu erhalten; z. B. wenn der Friedensrichter im Falle des §. 27 der Subhastationsordnung die Parteien vor eine gar nicht ferne Sitzung des Landgerichts verweist, in welcher Sitzung durch die Fassung der Schlußworte des §. 27 der Subh.-Ord. mindestens ein sehr erheblicher Zweifel darüber entstehen könnte, ob eine Fristbewilligung überhaupt zuläßig sei.

Ueber die Form in welcher die Autorisation zu ertheilen ist, werde noch bemerkt, daß die desfallsige Urkunde vor Gericht in beglaubigter Form vorgelegt werden muß.

## Abschnitt V. Von verheiratheten Frauen.

§. 10.

Der Fall, daß eine verheirathete Frau als alleinige Extrahentin einer Subhastation aufzutreten hat, kann nur selten vorkommen, nämlich nur dann, wenn sie in Gütерseparation lebt oder wenn sie unter dem regime dotal verheirathet und im Besitz von Paraphernalforderungen ist, denn in allen andern Fällen, selbst dann, wenn es sich von Forderungen handelt, die nicht in die Gütergemeinschaft fallen, wo aber keine eigentliche Güterseparation besteht,

hat der Mann die der Frau zustehenden Mobilarklagen auszuüben und ihm stehen daher auch die Subhastationen zu, die ja weiter Nichts sind, als Eintreibungen beweglicher Forderungen (cf. Art. 1421, 1428, 1528, 1531 u. 1549 B. G. B. und Persil fils comm. I. N°. 59—60.)

In den Fällen aber, wo das Verfahren von der Frau angestellt wird, ist eine Autorisation erforderlich, sobald die Sache in Folge von Kontestationen zur gerichtlichen Verhandlung kommt. Die Autorisation wird durch den Ehemann ertheilt oder in den Fällen der Art. 218, 221, 222 u. 224 B. G. B. durch das Gericht und zwar in der Regel durch den ordentlichen Richter des Wohnorts der Frau, also durch das betreffende Landgericht, ausnahmsweise auch durch das mit der Kontestation befaßte Gericht, jedoch nur in limine litis, indem eine Autorisation im Laufe des Prozesses unzulässig sein würde, (Arch. 5. S. 80.) Der Autorisation bedürfen alle Ehefrauen, auch die Handelsfrauen. (I. Senat. 22. März 1831. Arch. 15. 1. 120,) auch die non communes und separées de biens (Art. 215 B. G. B.) ja selbst die von Tisch und Bett geschiedenen (Duranton II. 453,) nicht aber die ausländischen, da der Art. 215 B. G. B. nur auf inländische Ehefrauen anwendbar ist. (I. Senat. 2. Juli 1827. Arch. 11. 1. 32.)

## §. 11.

Wann eine Autorisation erforderlich sei, muß nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden, die im §. 7 hinsichtlich der Gemeinden und öffentlichen Anstalten entwickelt worden sind. So wird die Frau zur Einleitung des Verfahrens, namentlich zur Erlassung eines Zahlungsbefehls niemals der Ermächtigung bedürfen, deren Nothwendigkeit aber zur Regel wird, sobald sich Kontestationen erheben, welche Regel aber wieder eine Ausnahme in dem Falle erleidet, wo die Frau auf Grund eines Urtheils subhastirt, das sie als Autorisirte erwirkt hat.

## §. 12.

Fehlt die Ermächtigung, da wo sie nöthig ist, so sind die Folgen anders als in dem Falle, wo eine nicht autorisirte Gemeinde vor Gericht auftritt. Während nämlich letztere gar kein Urtheil erwirken kann und ein etwa erlassenes sogar der Kassation unterliegt, (cf. oben §. 8) sagt der Art. 225 B. G. B. „la nullité fondée sur le defaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs heritiérs.“ Hat also ein Opponent in einem Subhastationsverfahren mit einer nicht autorisirten Ehefrau procedirt, so wird er allerdings später das Urtheil wegen dieses Mangels nicht als nichtig angreifen können; weil aber die Frau dieses kann, sei es im Wege der requête civile oder auf andere Art, so hat er unläugbar das größte Interesse, daß ihm eine zum Proceß vollberechtigte Partei gegenüberstehe und deßwegen ist die Jurisprudenz darüber einig, daß jeder, welcher

mit einer Frau procedirt, verlangen könne, daß sie sich als gehörig autorisirt ausweise und daß bis dahin das Verfahren gestollt werde (cf. Zachariae III, 81. Duranton II, 464. Cass. Par. 22. Oktober 1807. Sirey VIII, 1. 127. Pigeau I, 146.). Bringt die Frau die Autorisation nicht bei, so wird dasselbe eintreten müssen, was oben im §. 8 medio von der nicht autorisirten Gemeinde gesagt wurde.

§. 13.

An eine bestimmte Form ist die Autorisation nicht gebunden; sie kann ebensowohl stillschweigend, wie ausdrücklich geschehen (Favard V°. autor. de femme mar. §. 1. Duranton II, 446.) sie kann sogar durch einen Akt unter Privatunterschrift gültig ertheilt werden (Sirey XI. 2. 231.), und wird am besten und einfachsten dadurch ertheilt, daß der Mann mit der Frau zusammen das Verfahren anstellt, indem seine bloße Gegenwart im Proceß stets als genügende Autorisation betrachtet werden muß, (arg. Art. 217 B. G. B. — cf. Grenoble 21. Februar 1832. Sirey XXXIII. 2. 28. und Carré et Chauveau Qu. 2198 bis §. 1), der ein in demselben Sinne ergangenes Urtheil des Appellhofes zu Paris vom 6. November 1815 anführt.

## Abschnitt VI. Von Falliten.

§. 14.

Daß der Fallit zur Erlassung eines Zahlungsbefehls und zur Subhastation gegen seinen Schuldner während des Fallimentszustandes nicht befugt sei, bedarf keiner weitern Ausführung, indem höchstens die Frage entstehen könnte, ob einem von dem Falliten ausgehenden Zahlungsbefehl nicht wenigstens eine konservatorische Wirkung beigelegt werden müsse. Nur die Syndiken und in dringenden Fällen, wo das Verfahren aus konservatorischen Rücksichten nicht aufzuschieben ist, selbst die Agenten sind zur Eintreibung der Forderungen und folgeweise auch zur Einleitung von Subhastationen befugt.

Nun finden zwar die definitiven Syndiken ihre Ermächtigung schon in dem Vereinigungsvertrag der Gläubiger, aber die provisorischen Syndiken bedürfen nach Art. 492 des Handelsgesetzbuchs der Ermächtigung des Richterkommissars um zur Eintreibung der Forderungen schreiten zu können und so entsteht die Frage, ob ein Subhastat aus dem Grunde gegen das Verfahren opponiren könne, weil dem Syndik die Ermächtigung des Richterkommissars fehle. Ein Urtheil des Appellhofes zu Besançon vom 14. August 1811.) (Journ. des avoués XX. p. 257), hat diese Frage unbedingt verneint und zwar aus dem Grunde weil der Art. 492 die Ermächtigung nur im Interesse der Masse vorschreibe; aber will man selbst die Richtigkeit letzteren Satzes, obgleich sie in solcher Unbedingtheit immerhin noch bezweifelt werden möchte, pure annehmen, so kann man doch unmöglich dem in gedachtem Urtheil angenommenen Princip beipflichten.

Wenn sogar der opponirende Subhastat einer Ehefrau gegenüber, die doch immer wenigstens seine rechte Gläubigerin ist, verlangen kann, daß sie das kontentiös gewordene Verfahren nicht fortsetze resp. aufrecht erhalte, ohne eine Autorisation beizubringen (cf. supra §. 12,) während doch der Art. 225 B. G. B. ausdrücklich sagt, daß nur die Frau oder der Mann und deren Erben sich auf den Mangel der Autorisation berufen können — so muß dasselbe noch vielmehr dem nicht ermächtigten Syndik gegenüber gelten, denn abgesehen davon, daß das Handelsgesetzbuch nirgends sagt, der Art. 492 sei nur im Interesse der Masse vorgeschrieben, so ist doch soviel klar, daß der nicht ermächtigte Syndik in Bezug auf die Eintreibung der Forderungen den zu exequirenden Schuldnern gegenüber die Masse gar nicht repräsentirt; er ist also auch dem Schuldner gegenüber eine durchaus unbefugte Person und es läge eine große Ungerechtigkeit darin, wenn man den Schuldner zwingen wollte, eine Exekution zu leiden, welche nicht einmal von seinem Gläubiger ausgeht und für welche Letzterer daher auch nicht verantwortlich ist. Ueberdies liegt das Interesse des Schuldners klar zu Tage, daß nicht eine unbefugte Person gegen ihn subhastire, denn die Masse oder der Fallit sind an die Handlungen des nicht ermächtigten Syndiks nicht gebunden und werden daher auch nicht durch eine etwaige Vernichtung des von Letzterem eingeleiteten Subhastationsverfahrens berührt und haften in diesem Falle nicht einmal für die dem Subhastaten erwachsenen Kosten und Schäden.

Mit der Einrede der mangelnden Aktivlegitimation ist es gewiß im Subhastationsverfahren genau zu nehmen, denn keine Exekutionsart greift tiefer in das Vermögen und in die Verhältnisse der Bürger ein; daher möchte sogar der Friedensrichter berechtigt sein, die Ertheilung der Beschlagnahmeverfügung ex officio zu verweigern, wenn der Antrag dazu von einem nicht ermächtigten Syndik ausgeht. Um so mehr kann der Subhastat im Wege der Opposition verlangen, daß das Verfahren für nichtig erklärt werde.

Indessen wird allerdings der Mangel der Autorisation durch den Richterkommissar nicht in dem Sinne eine absolute Nichtigkeit begründen, daß die Autorisation nicht nachträglich beigebracht werden könnte; wenn daher z. B. nach Anleitung des §. 19 der Subh.-Ord. die betreffende Einrede im Licitationstermine gemacht worden ist, so muß sie als gedeckt betrachtet werden, wenn der Syndik bei der nachherigen Verhandlung vor dem Landgericht eine Ermächtigungsurkunde vorlegt.

Aus demselben Grunde braucht auch mit dem Zahlungsbefehl eine Abschrift der betreffenden Verfügung des Richterkommissars nicht mitgetheilt zu werden, wenn auch eine derartige Mittheilung nicht unzweckmäßig erscheinen möchte.

## Abschnitt VII. Von Mandatarien.

### §. 15.

Der Satz, daß eine Subhastation durch einen Mandatar betrieben werden

könne, ist in gewissem Sinne wahr und in gewissem Sinne nicht wahr. Richtig ist es, daß ein extrahirender Gläubiger sich bei allen im Laufe des Verfahrens vorzunehmenden Handlungen durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann und daß hierzu selbst eine für das ganze Verfahren ein für allemal ausgestellte Vollmacht genügt — auf der andern Seite aber wird der Mandatar nicht Extrahent des Verfahrens, im Gegentheil diese Qualität bleibt immerfort dem Gläubiger, in dessen Namen schon von vornherein der Zahlungsbefehl, (wenn auch etwa mit dem Zusatz: „vertreten durch den und den Bevollmächtigten") erlassen werden muß.

Der hier aufgestellte Grundsatz hat nun die wichtigsten praktischen Folgen, von denen nur einige angedeutet werden sollen, da sie sich eigentlich alle aus der Natur der Sache ergeben.

Wenn z. B. zwar der Mandatar, nicht aber der Gläubiger in dem Friedensgerichtsbezirk wohnt, in welchem die zu subhastirenden Grundstücke liegen (§. 2 S.-O.) so muß bei Zustellung des Zahlungsbefehls in diesem Bezirk für den Gläubiger ein Domicil gewählt werden, was natürlich auch gültiger Weise bei dem Mandatar geschehen kann. Dem Gläubiger selbst sind daher auch Seitens eines Opponenten gegen die Subhastation alle etwa erforderlichen Zustellungen zu machen, nicht dem Bevollmächtigten; demgemäß erkannte ein Urtheil des I. Senates vom 31. Juli 1827 (Arch. 10. 1. 236), daß derjenige, welcher im Licitationstermine Eigenthumsansprüche angemeldet habe (§. 20 S.-O.) der ihm durch den §. 30 der Subh.-Ord. auferlegten Verbindlichkeit, bei Strafe der Präklusion auch den Extrahenten vor das Landgericht laden zu lassen, nicht genüge, wenn er die Ladung nicht dem Gläubiger, sondern dem Bevollmächtigten zustellen lasse.

Ueberhaupt hat der Subhastat in jeder Beziehung den Gläubiger selbst als seine Gegenpartei zu betrachten, nicht aber den Mandatar, den er auch, sofern derselbe in den Grenzen seines Auftrags geblieben ist, für etwaige Entschädigungsansprüche nicht verantwortlich machen kann. Sollten sich Kontestationen ergeben, so kann der Bevollmächtigte zwar wohl einen Anwalt bei dem betreffenden Gericht beauftragen, für seinen Mandanten zu okkupiren; Letzterer ist aber immer als Partei in dem Prozesse zu betrachten und auch für den Fall des Unterliegens in die Kosten zu verurtheilen; nicht der Mandatar, der ja jeden Augenblick revocirt werden kann.

## §. 16.

Die Vollmacht selbst kann auch unter Privatunterschrift ausgestellt sein, wenn ihre Echtheit nur nicht bestritten wird oder bewiesen werden kann. Dagegen kann der Subhastat ohne Frage die Echtheit der Vollmacht bestreiten und den desfallsigen Beweis verlangen, auch wird der Friedensrichter der um Erlassung der Beschlagnahmeverfügung angegangen wird, wenn er Gründe zu haben glaubt, an der Echtheit der Vollmacht zu zweifeln, gewiß

sich für befugt erachten dürfen, nähere Nachweise zu verlangen. Aus dem Umstande jedoch, daß zur Zeit des Zahlungsbefehls noch keine Vollmacht bestanden habe, kann der Subhastat nie eine Einrede herleiten, da dieser Akt, wie bereits im vorigen Paragraphen ausgeführt wurde, stets auf Anstehen des Gläubigers selbst erlassen werden muß.

## §. 17.

Sehr bestritten ist die Frage, ob ein in generellen Ausdrücken abgefaßtes Mandat (mandat conçu en termes généraux) auch den Auftrag zur Subhastation involvire; und zwar findet man Urtheile für die Bejahung der Frage, wie auch nicht weniger für die Verneinung. Eine Entscheidung des Appellhofes zu Colmar vom 5. März 1832 (Sirey XXXII. 2. 372) nahm an, daß die von einem Hospiz ertheilte dahin lautende Vollmacht: „alle Maßregeln zu ergreifen, um die ausstehenden Forderungen einzuziehen" dem Bevollmächtigten nicht das Recht gebe, das Exekutionsmittel der saisie immobilière vornehmen zu lassen. Die in den Erwägungen angeführten Gründe verdienen eine nähere Besprechung — es sind ihrer zwei; einmal wird aufgestellt, aus dem Art. 556 B. P. O. der sogar für den instrumentirenden Gerichtsvollzieher eine Specialvollmacht verlange, erhelle um so mehr für andere Personen die Nothwendigkeit eines besondern Mandats, sodann wird ein Argument aus dem Art. 1989 B. G. B. hergeleitet, der eine Ausdehnung der Vollmacht auf andere in ihr nicht enthaltene Handlungen für unzulässig erkläre. Beide Argumente ergeben sich jedoch als gleich unhaltbar; was nämlich zunächst den Art. 556 B. P. O. betrifft, so mag zwar in Bezug auf unser Rheinisches Recht ganz davon abgesehen werden, daß der Gerichtsvollzieher bei Immobilarvollstreckungen, jetzt niemals mehr einer Vollmacht bedarf (I. Senat 16. Januar 1826. Arch. 9. 1. 21); so viel ist indessen klar, daß der Gesetzgeber den Art. 556 gerade mit Rücksicht auf das Amt des Gerichtsvollziehers eingeführt hat und daß daher eine Ausdehnung auf andere Personen nicht statuirt werden kann. Auch bietet die Lage des Gerichtsvollziehers nichts dar, das irgend etwas Analoges mit der Lage des Generalbevollmächtigten hätte; während nämlich Ersterer schon vermöge seines Amtes im Besitz vieler exekutorischer Titel sein wird, deren Besitz ihn an sich und der Regel nach zu jeder Exekution berechtigt, verhält sich die Sache mit Letzterem ganz anders, denn dieser wird durch den bloßen Besitz des exekutorischen Titels einer andern Person zu keiner einzigen Vollstreckungsart, ja nicht einmal zu einer Zahlungsannahme berechtigt, sondern erst durch eine wirkliche Vollmacht. Wenn also das Gesetz dem Huissier verbot, einen so wichtigen und kostspieligen Akt, wie die Immobilarbeschlagnahme, die unter der Herrschaft der B. P. O. allein durch sein Officium vorgenommen wurde, ohne besondere Vollmacht vorzunehmen, so war eine solche Bestimmung allerdings sehr zweckmäßig, um zu verhüten, daß nicht durch vielleicht

wohlgemeinten Eifer der Gerichtsvollzieher die Immobilarvollstreckungen vervielfältigt würden — allein auf den Generalbevollmächtigten paßt die ratio des Gesetzes durchaus nicht.

Ebenso unhaltbar ist aber auch das aus dem Art. 1989 B. G. B. hergeleitete Argument, denn dieser Artikel stellt nur den allerdings unbestreitbaren Satz auf, daß der Mandatar nichts über die Grenzen seines Mandats hinaus thun dürfe, und wenn er dann weiter sagt, eine Vollmacht zum Vergleich berechtige nicht zum Abschluß eines Kompromisses, so handelt er offenbar nur von Specialvollmachten, ohne jedoch ein Wort darüber zu enthalten, wie weit die Grenzen einer Generalvollmacht gehen. (cf. Zachariae II. p. 505. med.).

## §. 18.

Um so mehr mag es an der Stelle sein, die im vorigen Paragraphen aufgeworfene Frage einer nähern Prüfung zu unterwerfen, da allerdings mehrere Urtheile im bejahenden Sinne ergangen sind (Paris 28. Dez. 1820. Sirey 21. 2. 211. — Paris 25. Mai 1831. Dalloz 1833. II, 22). Die sedes materiae ist offenbar der Art. 1988 B. G. B., behufs dessen Auslegung es erlaubt sein möge, einen Augenblick auf das frühere Recht zurückzugehen. Nach Römischem Recht bestand für den Generalbevollmächtigten und zwar sowohl für den, der bloß zu einem gewissen Komplexus von Handlungen, z. B. zu einem bestimmten Verwaltungszweig kommittirt war, als auch für den procurator omnium bonorum unläugbar die Rechtsregel, daß er zur Vornahme aller Handlungen als befugt betrachtet werden mußte, wo nicht ein bestimmtes Gesetz Specialvollmacht verlangte; solche einzelne Beschränkungen traten z. B. ein, in Bezug auf Veräußerungen und Verpfändungen, Vergleiche und Kompromisse, Eideszuschiebungen und Gesuche um in integrum restitutio (l. 63. D. III, 3. l. 25. §. 1. l. 26. D. IV, 4. l. 17. §. 3. D. XII, 2) in allen andern Fällen aber trat die Regel wieder ein. Das kanonische Recht erweiterte nun noch die Befugniß des Generalmandatars insofern, daß dieser nun auch selbst die nach Römischem Recht seiner Befugniß entzogenen Handlungen vornehmen durfte, wenn dem Generalmandat die Klausel der libera administratio hinzugefügt wurde (sogenanntes mandatum cum libera can. 4 — 5 pr. de procuratoribus in VI°. I, 9.); obige unbegrenzte Befugniß des Bevollmächtigten war aber nach kanonischem Recht auch schon dann begründet, wenn der mandans nur solche Worte gebrauchte, aus denen seine Absicht klar hervorging. Die jedem Generalbevollmächtigten zustehende Administration berechtigte also mindestens immer zur Vornahme aller Handlungen mit Ausnahme der oben angeführten Beschränkungen.

Der code civil hat nun offenbar nichts Neues einführen wollen, denn wenn der Art. 1988 sagt, daß das in allgemeinen Ausdrücken abgefaßte Mandat (unter welchem Ausdruck er beiläufig gesagt sowohl die procuratura

Wenn sogar der opponirende Subhastat einer Ehefrau gegenüber, die doch immer wenigstens seine rechte Gläubigerin ist, verlangen kann, daß sie das kontentiös gewordene Verfahren nicht fortsetze resp. aufrecht erhalte, ohne eine Autorisation beizubringen (cf. supra §. 12,) während doch der Art. 225 B. G. B. ausdrücklich sagt, daß nur die Frau oder der Mann und deren Erben sich auf den Mangel der Autorisation berufen können — so muß dasselbe noch vielmehr dem nicht ermächtigten Syndik gegenüber gelten, denn abgesehen davon, daß das Handelsgesetzbuch nirgends sagt, der Art. 492 sei nur im Interesse der Masse vorgeschrieben, so ist doch soviel klar, daß der nicht ermächtigte Syndik in Bezug auf die Eintreibung der Forderungen den zu exequirenden Schuldnern gegenüber die Masse gar nicht repräsentirt; er ist also auch dem Schuldner gegenüber eine durchaus unbefugte Person und es läge eine große Ungerechtigkeit darin, wenn man den Schuldner zwingen wollte, eine Exekution zu leiden, welche nicht einmal von seinem Gläubiger ausgeht und für welche Letzterer daher auch nicht verantwortlich ist. Ueberdies liegt das Interesse des Schuldners klar zu Tage, daß nicht eine unbefugte Person gegen ihn subhastire, denn die Masse oder der Fallit sind an die Handlungen des nicht ermächtigten Syndiks nicht gebunden und werden daher auch nicht durch eine etwaige Vernichtung des von Letzterem eingeleiteten Subhastationsverfahrens berührt und haften in diesem Falle nicht einmal für die dem Subhastaten erwachsenen Kosten und Schäden.

Mit der Einrede der mangelnden Aktivlegitimation ist es gewiß im Subhastationsverfahren genau zu nehmen, denn keine Exekutionsart greift tiefer in das Vermögen und in die Verhältnisse der Bürger ein; daher möchte sogar der Friedensrichter berechtigt sein, die Ertheilung der Beschlagnahmeverfügung ex officio zu verweigern, wenn der Antrag dazu von einem nicht ermächtigten Syndik ausgeht. Um so mehr kann der Subhastat im Wege der Opposition verlangen, daß das Verfahren für nichtig erklärt werde.

Indessen wird allerdings der Mangel der Autorisation durch den Richterkommissar nicht in dem Sinne eine absolute Nichtigkeit begründen, daß die Autorisation nicht nachträglich beigebracht werden könnte; wenn daher z. B. nach Anleitung des §. 19 der Subh.-Ord. die betreffende Einrede im Licitationstermine gemacht worden ist, so muß sie als gedeckt betrachtet werden, wenn der Syndik bei der nachherigen Verhandlung vor dem Landgericht eine Ermächtigungsurkunde vorlegt.

Aus demselben Grunde braucht auch mit dem Zahlungsbefehl eine Abschrift der betreffenden Verfügung des Richterkommissars nicht mitgetheilt zu werden, wenn auch eine derartige Mittheilung nicht unzweckmäßig erscheinen möchte.

## Abschnitt VII. Von Mandatarien.

### §. 15.

Der Satz, daß eine Subhastation durch einen Mandatar betrieben werden

könne, ist in gewissem Sinne wahr und in gewissem Sinne nicht wahr. Richtig ist es, daß ein extrahirender Gläubiger sich bei allen im Laufe des Verfahrens vorzunehmenden Handlungen durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann und daß hierzu selbst eine für das ganze Verfahren ein für allemal ausgestellte Vollmacht genügt — auf der andern Seite aber wird der Mandatar nicht Extrahent des Verfahrens, im Gegentheil diese Qualität bleibt immerfort dem Gläubiger, in dessen Namen schon von vornherein der Zahlungsbefehl, (wenn auch etwa mit dem Zusatz: „vertreten durch den und den Bevollmächtigten") erlassen werden muß.

Der hier aufgestellte Grundsatz hat nun die wichtigsten praktischen Folgen, von denen nur einige angedeutet werden sollen, da sie sich eigentlich alle aus der Natur der Sache ergeben.

Wenn z. B. zwar der Mandatar, nicht aber der Gläubiger in dem Friedensgerichtsbezirk wohnt, in welchem die zu subhastirenden Grundstücke liegen (§. 2 S.=O.) so muß bei Zustellung des Zahlungsbefehls in diesem Bezirk für den Gläubiger ein Domicil gewählt werden, was natürlich auch gültiger Weise bei dem Mandatar geschehen kann. Dem Gläubiger selbst sind daher auch Seitens eines Opponenten gegen die Subhastation alle etwa erforderlichen Zustellungen zu machen, nicht dem Bevollmächtigten; demgemäß erkannte ein Urtheil des I. Senates vom 31. Juli 1827 (Arch. 10. 1. 236), daß derjenige, welcher im Licitationstermine Eigenthumsansprüche angemeldet habe (§. 20 S.=O.) der ihm durch den §. 30 der Subh.=Ord. auferlegten Verbindlichkeit, bei Strafe der Präklusion auch den Extrahenten vor das Landgericht laden zu lassen, nicht genüge, wenn er die Ladung nicht dem Gläubiger, sondern dem Bevollmächtigten zustellen lasse.

Ueberhaupt hat der Subhastat in jeder Beziehung den Gläubiger selbst als seine Gegenpartei zu betrachten, nicht aber den Mandatar, den er auch, sofern derselbe in den Grenzen seines Auftrags geblieben ist, für etwaige Entschädigungsansprüche nicht verantwortlich machen kann. Sollten sich Kontestationen ergeben, so kann der Bevollmächtigte zwar wohl einen Anwalt bei dem betreffenden Gericht beauftragen, für seinen Mandanten zu okkupiren; Letzterer ist aber immer als Partei in dem Prozesse zu betrachten und auch für den Fall des Unterliegens in die Kosten zu verurtheilen; nicht der Mandatar, der ja jeden Augenblick revocirt werden kann.

## §. 16.

Die Vollmacht selbst kann auch unter Privatunterschrift ausgestellt sein, wenn ihre Echtheit nur nicht bestritten wird oder bewiesen werden kann. Dagegen kann der Subhastat ohne Frage die Echtheit der Vollmacht bestreiten und den desfallsigen Beweis verlangen, auch wird der Friedensrichter der um Erlassung der Beschlagnahmeverfügung angegangen wird, wenn er Gründe zu haben glaubt, an der Echtheit der Vollmacht zu zweifeln, gewiß

sich für befugt erachten dürfen, nähere Nachweise zu verlangen. Aus dem Umstande jedoch, daß zur Zeit des Zahlungsbefehls noch keine Vollmacht bestanden habe, kann der Subhastat nie eine Einrede herleiten, da dieser Akt, wie bereits im vorigen Paragraphen ausgeführt wurde, stets auf Anstehen des Gläubigers selbst erlassen werden muß.

## §. 17.

Sehr bestritten ist die Frage, ob ein in generellen Ausdrücken abgefaßtes Mandat (mandat conçu en termes généraux) auch den Auftrag zur Subhastation involvire; und zwar findet man Urtheile für die Bejahung der Frage, wie auch nicht weniger für die Verneinung. Eine Entscheidung des Appellhofes zu Colmar vom 5. März 1832 (Sirey XXXII. 2. 372) nahm an, daß die von einem Hospiz ertheilte dahin lautende Vollmacht: „alle Maßregeln zu ergreifen, um die ausstehenden Forderungen einzuziehen" dem Bevollmächtigten nicht das Recht gebe, das Exekutionsmittel der saisie immobilière vornehmen zu lassen. Die in den Erwägungen angeführten Gründe verdienen eine nähere Besprechung — es sind ihrer zwei; einmal wird aufgestellt, aus dem Art. 556 B. P. O. der sogar für den instrumentirenden Gerichtsvollzieher eine Specialvollmacht verlange, erhelle um so mehr für andere Personen die Nothwendigkeit eines besondern Mandats, sodann wird ein Argument aus dem Art. 1989 B. G. B. hergeleitet, der eine Ausdehnung der Vollmacht auf andere in ihr nicht enthaltene Handlungen für unzulässig erkläre. Beide Argumente ergeben sich jedoch als gleich unhaltbar; was nämlich zunächst den Art. 556 B. P. O. betrifft, so mag zwar in Bezug auf unser Rheinisches Recht ganz davon abgesehen werden, daß der Gerichtsvollzieher bei Immobilarvollstreckungen, jetzt niemals mehr einer Vollmacht bedarf (I. Senat 16. Januar 1826. Arch. 9. 1. 21); so viel ist indessen klar, daß der Gesetzgeber den Art. 556 gerade mit Rücksicht auf das Amt des Gerichtsvollziehers eingeführt hat und daß daher eine Ausdehnung auf andere Personen nicht statuirt werden kann. Auch bietet die Lage des Gerichtsvollziehers nichts dar, das irgend etwas Analoges mit der Lage des Generalbevollmächtigten hätte; während nämlich Ersterer schon vermöge seines Amtes im Besitz vieler exekutorischer Titel sein wird, deren Besitz ihn an sich und der Regel nach zu jeder Exekution berechtigt, verhält sich die Sache mit Letzterem ganz anders, denn dieser wird durch den bloßen Besitz des exekutorischen Titels einer andern Person zu keiner einzigen Vollstreckungsart, ja nicht einmal zu einer Zahlungsannahme berechtigt, sondern erst durch eine wirkliche Vollmacht. Wenn also das Gesetz dem Huissier verbot, einen so wichtigen und kostspieligen Akt, wie die Immobilarbeschlagnahme, die unter der Herrschaft der B. P. O. allein durch sein Officium vorgenommen wurde, ohne besondere Vollmacht vorzunehmen, so war eine solche Bestimmung allerdings sehr zweckmäßig, um zu verhüten, daß nicht durch vielleicht

Testators angerechnet und so werden sie allerdings, um sich zu legitimiren, nicht nur das Testament, sondern auch den Sterbeakt des Testators vorlegen müssen und am besten beide Urkunden mit dem Zahlungsbefehl abschriftlich mittheilen lassen. (Douai 17. März 1815. Journ. du P. XVII. p. 205).

## Abschnitt IX. Von Erbschaftsgläubigern.

### §. 22.

Daß die Gläubiger des Erblassers die Grundstücke desselben überhaupt gegen die Erben subhastiren lassen können, bedarf keiner weitern Bemerkung. Da aber die Art. 987 und 988 B. P. O. dem Beneficiarerben das Recht geben, unter Beobachtung eines bestimmten Verfahrens die Immobilien der Succession zu verkaufen, so hat der Appellhof zu Paris früher in mehren Urtheilen (cf. Sirey XXII 2. 111), die Ansicht adoptirt, Erbschaftsgläubiger dürften nicht zur Subhastation der zur Succession gehörigen Grundstücke schreiten, ohne vorher den Beneficiarerben zur Vornahme des Verkaufs sommirt zu haben und sie dürften es niemals thun, wenn der Beneficiarerbe bereits die nöthigen Einleitungen getroffen hätte, um zum Verkaufe der Grundstücke übergehen zu können. Abgesehen von dem praktischen Bedenken, daß hiernach die Befriedigung der Gläubiger von dem guten Willen und der Sorgfalt des Erben abhängen würde, rechtfertigt sich diese Ansicht auch durch keinen innern Grund, denn wenn der Beneficiarerbe auch durch die Art. 987 und 988 B. P. O. das Recht erhalten hat, unter Beobachtung gewisser Formen die Grundstücke des Nachlasses zum Verkauf zu bringen, ohne sich dadurch als héritier pur et simple hinzustellen, so kann daraus nicht die Folgerung gezogen werden, als wenn die Gläubiger nun nicht mehr ebenso gegen ihn subhastiren könnten, wie gegen jeden andern Eigenthümer, der etwa den Verkauf seiner mit Hypotheken belasteten Grundstücke öffentlich angezeigt hat. In der That hat auch die Ansicht des Appellhofes zu Paris, zum Theil in seinen eigenen spätern Urtheilen die allgemeinste Reprobation erfahren. (Cass. Paris 29. Oktober 1807. Sirey VIII. 83. — Cass. 8. Dezember 1814. Sirey XV. p. 153. — Cass. 23. Juli 1833. Sirey XXXIII. I, 621. — Bourges 15. März 1822. Toulouse 17. August 1822. Sirey XXIII, 193. — Bilhard, traité du benefice d'inventaire p. 133.)

## Abschnitt X. Von Cessionaren.

### §. 23.

Für den Fall, daß der Cessionar einer Forderung subhastiren will, bestimmt der Art. 2214 B. G. B.

Le cessionaire d'un titre executoire ne peut poursuivre l'expropriation qu'aprés que la signification du transport a été faite au débiteur.

omnium bonorum — pour toutes les affaires du mandant — Art. 1987 — als auch jedes andere Generalmandat versteht) nur sich auf Handlungen der Verwaltung beziehen, so findet dieser erste Theil des Artikels in dem ihm gegenübergestellten zweiten alinéa seine Erklärung; und wenn nun das zweite alinéa also lautet: „s'il s'agit d'alieuer ou hypothéquer ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès", so wird hierdurch der Umfang der dem Generalbevollmächtigten zustehenden Administration bestimmt; es gehören zu ihr nämlich alle Handlungen, die nicht durch das zweite alinéa ausgenommen sind. Bei der Beantwortung der Frage, welche Handlungen ausgenommen seien, wird die Interpretation das Römische Recht als Erklärungsmittel ansehen dürfen, da offenbar hier dieselben Kategorien von Handlungen ausgenommen sind, wie in den angeführten Bestimmungen des Römischen Rechts und die Paraphrase des Art. 1988 lautet daher folgendermaßen: „zwar berechtigt ein in allgemeinen Ausdrücken abgefaßtes Mandat nicht zu Veräußerungen oder Verpfändungen und auch nicht zur Vornahme solcher Handlungen, die wie z. B. Vergleiche, Kompromisse oder selbst Eideszuschiebungen, eine direkte oder eventuelle Disposition über das Vermögen des Machtgebers involviren (acte de proprieté) — im übrigen aber zur Vornahme aller Handlungen die zur Ausübung des Mandats nöthig sind."

Hiernach wird dem Generalmandatar, möge er nun ein allgemeiner (pour toutes les affaires du mandant) oder aber nur bevollmächtigt sein, in bestimmten Angelegenheiten, z. B. als Liquidator eines kaufmännischen Geschäfts, alle erforderlichen Handlungen vorzunehmen, stets die Befugniß zustehen, ausstehende Forderungen beizutreiben und auch deßhalb eine Subhastation einzuleiten, die ja weiter nichts ist als die gegen Immobilien gerichtete exekutorische Beitreibung einer Forderung. Nur versteht es sich von selbst, daß diese Regel eine Ausnahme erleidet, sobald sich aus der Fassung der Vollmacht ergiebt, daß der Machtgeber eine entgegengesetzte Absicht gehabt habe.

Auch darf nicht übersehen werden, daß das im §. 15 in Bezug auf jeden subhastirenden Mandatar gesagte, auch hier volle Anwendung findet, daß daher der Gläubiger selbst stets als der Extrahent des Verfahrens anzusehen ist.

## §. 19.

Indessen kann nicht geläugnet werden, daß die im vorigen Paragraphen aufgestellte Ansicht sich auch unter den Schriftstellern des Französischen Rechts keineswegs einer allgemeinen Billigung erfreut. Während nämlich Einstimmigkeit darüber herrscht, daß der Generalbevollmächtigte die betreffenden Mobilarklagen des mandans ausüben und daß er auch gegen säumige Schuldner zur Mobilarexekution schreiten könne, (cf. Troplong mandat N°. 289—291. Taulier VI, p. 517. Duranton XVIII, N°. 229. Zachariae §. 413,)

und während Zachariae in dem angeführten Paragraphen die Immobilarexekution nicht unter den Fällen nennt, die eine besondere Vollmacht erfordern, sagt dagegen Troplong gerade zu, daß der bloß generell Bevollmächtigte einen Gerichtsvollzieher nicht mit der saisie immobilière beauftragen könne (Troplong mandat N°. 290,) und dem stimmen andere bei. Die Gründe, welche hierfür aufgestellt werden, sind theils die im §. 17 angeführten des Appellhofs zu Colmar, theils aber folgende: einmal sei die Expropriation Schuldenhalber ein zu wichtiges und zu kostspieliges Verfahren, als daß man einer nicht besonders dazu beauftragten Person die Befugniß einräumen könne, den Gläubiger darin zu verwickeln, sodann räume der Art. 1988 B. G. B. dem Generalmandatar nur Administrationsbefugnisse ein.

Was den ersten Grund betrifft, so ist derselbe mehr ein scheinbarer als ein wirklicher, denn abgesehen davon, daß derartige praktische Gründe ein schlechtes Argument gegen Rechtssätze sind, so wird ja selbst zugegeben, daß der Generalmandatar alle Mobilarklagen anstellen könne, während dieselben doch gewiß eben so gut und noch viel eher den mandans in Schaden und Kosten bringen können, als die bloße Vollstreckung eines bereits vorhandenen exekutorischen Titels im Wege der Subhastation; zudem ist es eine Forderung der Logik, demjenigen, der zu Eintreibungen von Forderungen überhaupt berechtigt ist, auch die Subhastation zu gestatten, da letztere, wie bereits an mehren Stellen ausgeführt wurde, in Betreff des Gläubigers weiter nichts ist, als die exekutorische Beitreibung einer beweglichen Forderung und daher für den Gläubiger die Natur einer Mobilarklage hat. Hinsichtlich des zweiten Grundes aber, der daraus hergeleitet wird, daß der Art. 1988 sich des Ausdrucks „administration" bediene, genügt die einfache Hinweisung darauf, daß auch der Mann nur Verwalter der persönlichen Güter seiner Frau genannt wird, (Art. 1428 B. G. B.) und daß derselbe Namen auch dem Vater in Bezug auf das Vermögen der Hauskinder beigelegt wird (Art. 389 B. G. B.) und daß gedachte Personen dennoch in dieser Eigenschaft als Verwalter unzweifelhaft zu Subhastationen befugt sind.

Nach allem diesem scheint die Befugniß des Generalmandatars zur Subhastation nicht mit Grund angefochten werden zu können und noch weniger wird man der Ansicht des angezogenen Urtheils des Appellhofs zu Colmar beistimmen können, daß sogar eine dahin lautende Vollmacht „alle Maßregeln zu ergreifen um die ausstehenden Forderungen einzuziehen" nicht genüge.

Da jedoch die angenommene Ansicht allerdings von bedeutenden Autoritäten nicht getheilt wird, so wird die Vorsicht jedem Mandatar rathen, sich zu jeder Subhastation besonders ermächtigen zu lassen.

## §. 20.

Wenn zwar in der Regel der Mangel einer Vollmacht durch nachfolgende Genehmhaltung desjenigen gedeckt werden kann, in dessen Namen ge-

handelt wurde, so muß diese Regel doch stets da eine Ausnahme erleiden, wo die Subh.=Ord. vorschreibt, daß eine bestimmte Handlung bei Strafe der Nichtigkeit von dem Gläubiger persönlich oder durch einen Bevollmächtigten vorgenommen werde; z. B. der bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene §. 17. der Subh.=Ord. sagt: „Der Gläubiger, auf dessen Namen die Subhastation betrieben wird, muß in dem Licitationstermin persönlich oder durch einen Bevollmächtigten auf die Versteigerung antragen; geschieht dieses nicht, so wird das Verfahren aufgehoben." Wenn nun der Subhastat aus dem Grunde opponirt, weil die für den Extrahenten auftretende Person keine Vollmacht habe, so können zwei Fälle eintreten: entweder der angebliche Mandatar legt keine Vollmacht vor, dann muß schon der Friedensrichter das Verfahren aufheben, oder eine Vollmacht wird vorgelegt, ihre Echtheit oder Gültigkeit jedoch von dem Opponenten bestritten — dann wird das Landgericht über diese Einrede zu erkennen haben und hier wird keine spätere noch so förmliche Ratihabition dem Extrahenten etwas helfen können, wenn sich wirklich herausstellen möchte, daß zur Zeit des Licitationstermins keine gültige Vollmacht bestanden hätte.

Im Falle des §. 4 der Subh.=Ord. z. B. würde sich die Sache dagegen anders verhalten. Dieser §. sagt auch, daß der Gläubiger, welcher zur Beschlagnahme schreiten will, dem Friedensrichter persönlich oder durch einen Bevollmächtigten die im §. näher bezeichneten Aktenstücke zu überreichen habe. Aber der §. 4 ist nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben (cf. §. 32 Subh.=Ord.) und so wird zwar der Friedensrichter jeden Antragsteller zurückweisen können, der sich über seine Bevollmächtigung nicht genügend ausweiset; aber wenn einmal der Beschlag verfügt ist, so wird jede aus dem Mangel oder der Ungültigkeit der Vollmacht herzuleitende Einrede dadurch gedeckt, daß der Extrahent später selbst oder durch einen Bevollmächtigten das Verfahren fortsetzt, z. B. im Licitationstermin auf die Versteigerung anträgt.

## Abschnitt VIII. Von Testamentsexekutoren.

### §. 21.

Die bloße Eigenschaft eines Testamentsexekutors ermächtigt im Allgemeinen zu keiner Klage oder Exekution. Nach dem Art. 1026 B. G. B. kann aber der Testator den Testamentsexekutoren für die Dauer eines Jahres vom Todestage an gerechnet die saisine des Mobilarvermögens ganz oder theilweise übertragen — theilweise z. B. in Bezug auf die Eintreibung der Forderungen. Ist dieses geschehen, so werden die Exekutoren unstreitig die Befugniß haben, eben so, wie sie alle Mobilarklagen anstellen können, auch zur Eintreibung der Forderungen durch Subhastationen zu schreiten. Ihre desfallsige Befugniß dauert jedoch nur ein Jahr lang vom Todestage des

Testators angerechnet und so werden sie allerdings, um sich zu legitimiren, nicht nur das Testament, sondern auch den Sterbeakt des Testators vorlegen müssen und am besten beide Urkunden mit dem Zahlungsbefehl abschriftlich mittheilen lassen. (Douai 17. März 1815. Journ. du P. XVII. p. 205).

## Abschnitt IX. Von Erbschaftsgläubigern.

### §. 22.

Daß die Gläubiger des Erblassers die Grundstücke desselben überhaupt gegen die Erben subhastiren lassen können, bedarf keiner weitern Bemerkung. Da aber die Art. 987 und 988 B. P. O. dem Beneficiarerben das Recht geben, unter Beobachtung eines bestimmten Verfahrens die Immobilien der Succession zu verkaufen, so hat der Appellhof zu Paris früher in mehren Urtheilen (cf. Sirey XXII 2. 111), die Ansicht adoptirt, Erbschaftsgläubiger dürften nicht zur Subhastation der zur Succession gehörigen Grundstücke schreiten, ohne vorher den Beneficiarerben zur Vornahme des Verkaufs sommirt zu haben und sie dürften es niemals thun, wenn der Beneficiarerbe bereits die nöthigen Einleitungen getroffen hätte, um zum Verkaufe der Grundstücke übergehen zu können. Abgesehen von dem praktischen Bedenken, daß hiernach die Befriedigung der Gläubiger von dem guten Willen und der Sorgfalt des Erben abhängen würde, rechtfertigt sich diese Ansicht auch durch keinen innern Grund, denn wenn der Beneficiarerbe auch durch die Art. 987 und 988 B. P. O. das Recht erhalten hat, unter Beobachtung gewisser Formen die Grundstücke des Nachlasses zum Verkauf zu bringen, ohne sich dadurch als héritier pur et simple hinzustellen, so kann daraus nicht die Folgerung gezogen werden, als wenn die Gläubiger nun nicht mehr ebenso gegen ihn subhastiren könnten, wie gegen jeden andern Eigenthümer, der etwa den Verkauf seiner mit Hypotheken belasteten Grundstücke öffentlich angezeigt hat. In der That hat auch die Ansicht des Appellhofes zu Paris, zum Theil in seinen eigenen spätern Urtheilen die allgemeinste Reprobation erfahren. (Cass. Paris 29. Oktober 1807. Sirey VIII. 83. — Cass. 8. Dezember 1814. Sirey XV. p. 153. — Cass. 23. Juli 1833. Sirey XXXIII. I, 621. — Bourges 15. März 1822. Toulouse 17. August 1822. Sirey XXIII, 193. — Bilhard, traité du benefice d'inventaire p. 133.)

## Abschnitt X. Von Cessionaren.

### §. 23.

Für den Fall, daß der Cessionar einer Forderung subhastiren will, bestimmt der Art. 2214 B. G. B.

Le cessionaire d'un titre executoire ne peut poursuivre l'expropriation qu'après que la signification du transport a été faite au débiteur.

Daß der Cessionar diese Vorschrift bei Strafe der Nichtigkeit beobachten müsse, kann nicht zweifelhaft sein, denn der Art. 2214 spricht ihm vor ihrer Erfüllung geradezu das Recht ab, den Zwangsverkauf zu betreiben und zwar ist es mit der Nichtigkeit so strenge zu nehmen, daß man die auf die fragliche Unterlassung gegründete Inqualifikationseinrede des Subhastaten nicht dadurch als gedeckt ansehen kann, wenn der Cedent nachher vor dem Gericht, welches über die Einrede zu entscheiden hat, seine Anerkennung und Genehmhaltung im Wege der Intervention kund giebt. (II. Senat 28. Dezbr. 1848. Arch. 44. 1. 18.

## §. 24.

Ueber die Auslegung des Art. 2214 herrscht viel Streit und es wird daher eine nähere Erörterung dieses Gegenstandes unvermeidlich sein.

Hier verdient zunächst die Ansicht von Tarrible, welche sich in Merlin's repertoire V°. sais. imm. im §. 5 N°. 2 entwickelt findet, einer besondern Erwähnung. Die Auffassung von Tarrible geht nämlich dahin, die Bedeutung des Art. 2214 liege nicht etwa bloß darin, daß der Cessionar hinsichtlich des Schuldners saisirt sein müsse, (Art. 1690 B. G. B.) bevor er subhastiren dürfe, sondern darin, daß der Artikel die Nothwendigkeit neuer Titel für den Cessionar eingeführt habe mit andern Worten: der Titel des Cessionars bestehe aus drei Theilen: 1) aus dem ursprünglichen Forderungstitel 2) der Cessionsurkunde und 3) dem Akt über die Zustellung letzterer Urkunde. Deßwegen müßten im Zahlungsbefehl, der ja die Abschrift des Titels, en vertu duquel la saisie est faite, zu enthalten habe, alle drei erwähnten Urkunden abschriftlich mitgetheilt werden, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit des Zahlungsbefehls, sollte er auch nur eine der drei Piecen nicht vollständig in Abschrift enthalten; woraus denn von selbst folge, da auch Abschrift des Signifikationsakts zu geben sei, daß die Zustellung der Cessionsurkunde bei Strafe der Nichtigkeit dem Zahlungsbefehl vorhergehen müsse. Ferner sagt Tarrible, weil nur auf Grund eines authentischen und exekutorischen Titels expropriirt werden könne und weil der Cessionsakt untergebens einen Theil des Titels ausmache, so müsse derselbe nicht nur in authentischer, sondern auch in exekutorischer Form vorliegen.

Man muß allerdings die logische Konsequenz der Folgerungen bewundern, welche Tarrible aus dem einmal angenommenen Satz gezogen hat, daß Cessionsakt und Signifikation integrirende Theile des Titels ausmachen, auf Grund dessen der Cessionar poursuivirt — und wenn auch das von Tarrible aufgestellte System nirgends im Ganzen Billigung erhalten hat, so ist ihm dieselbe doch sehr oft theilweise geworden. So wurde erkannt, daß der Cessionsakt, weil er einen Theil des Titels bilde, bei Strafe der Nichtigkeit im Zahlungsbefehl abschriftlich mitgetheilt werden müsse, wenn die Signifikation auch schon vorher Statt gefunden habe (Toulouse 21. Dezember

1837. Sirey XXXVIII. 2. 81). ferner daß bei Strafe der Nichtigkeit, im Kopfe des Zahlungsbefehls nicht nur vollständige Abschrift des ursprünglichen Forderungstitels, sondern auch der Cessionsurkunde und des Signifikationsakts mitgetheilt werden müsse, (Metz 12. Februar 1817. Toulouse 29. April 1820, und 21. Dezember 1837. — Sirey XXXII. 2. 181.) und Persil glaubt, daß die Zustellung der Cessionsurkunde dem Zahlungsbefehl vorhergehen, wie auch, daß das Cessionsinstrument mit dem Zahlungsbefehl abschriftlich mitzutheilen sei, (Persil fils comm. I. N°. 70—92), während derselbe Persil darin von Tarrible abweicht, daß er für die Cession nur einen Akt in authentischer nicht aber in exekutorischer Form verlangt. (Persil fils comm. I. N°. 64.)

## §. 25.

Wenn im vorigen Paragraphen gesagt wurde, das System von Tarrible habe keine allgemeine Billigung gefunden, so gründete sich dies darauf, daß sich die bedeutendsten Autoritäten entweder ganz gegen dasselbe oder doch gegen einzelne Folgerungen erklärt haben. (Vgl. Grenier traité des hyp. I. 74, 89 und II. 483. Duranton XXI. N°. 48, 49. Persil fils comm. I. 64. Carré et Chauv. Qu. 1898 bis Persil pére Quest. II. p. 180, und viele Urtheile des Cassationshofes zu Paris und anderer Gerichte, welche weiter unten angeführt werden sollen). In der That scheint auch die von Tarrible aufgestellte Prämisse völlig unhaltbar zu sein. Denn wie kann man den Cessionsakt als Titel der Vollstreckung betrachten, da er weder Kondemnation noch Obligation enthält! Die Ungereimtheit dieser Ansicht tritt in Bezug auf den Signifikationsakt noch greller hervor; auch dieser Gerichtsvollzieherakt soll ein integrirender Theil des den Cessionar zur Subhastation berechtigenden Titels sein, und doch wird Tarrible wohl zugeben müssen, daß er die exekutorische Klausel nicht enthalten kann, deren doch der Titel der Exekution bedürfen würde! Der exekutorische Titel, von welchem Art. 2213 B. G. B. spricht und der nach Art. 673 B. P. O. und §. 2 Subh.-Ord. bei Strafe der Nichtigkeit im Zahlungsbefehl abschriftlich mitgetheilt werden muß, ist offenbar nur der ursprüngliche Forderungstitel, denn nur dieser ist dem Schuldner gegenüber in executione, nicht aber die Cessionsurkunde. Letztere hat vielmehr nur die Bedeutung, daß sie den Cessionar als zur Beitreibung der Forderung berechtigt darstellt. Das Verhältniß zwischen Cedent und Cessionar geht den Schuldner nichts an und wenn zwischen diesen beiden Personen auch der Cessionsakt vollstreckt werden und die exekutorische Formel enthalten kann, so ist er doch gegen den Schuldner ebensowenig ein Vollstreckungstitel, als z. B. der Familienrathsbeschluß, durch welchen ein Vormund ernannt wurde, obgleich der Vormund, wenn er Namens seines Mündels subhastiren will, zu seiner Legitimation ebensogut des betreffenden Familienrathsbeschlusses bedarf, als der Cessionar des Cessionsaktes.

## §. 26.

Die Quelle des Art. 2214 B. G. B. ist vielmehr lediglich im Art. 1690 zu suchen. Nach letzterem Gesetz wird nämlich bekanntlich der Cessionar auch hinsichtlich des Schuldners nicht eher mit der Forderung saisirt, als bis er diesem den Cessionsakt zustellen ließ und so bedeutet der Art. 2214, indem er eine natürliche Folge des Art. 1690 ist, weiter nichts, als daß der Cessionar so lange nicht subhastiren dürfe, als er nicht in der durch den Art. 2214 angegebenen Weise saisirt sei, gewiß die natürlichste und einfachste Bestimmung von der Welt, da der debitor cessus sonst zu gleicher Zeit an den Cedenten zu zahlen und wegen derselben Forderung eine Subhastation zu leiden hätte.

## §. 27.

So einfach aber auch das im vorigen Paragraphen aufgestellte Prinzip ist, so manchfaltig sind die Folgen desselben:

1) Der Cessionstitel braucht kein exekutorischer zu sein. — Das Gesetz schreibt es nirgends vor. (Toulouse 11. Januar 1831. Sirey XXXI. 2. 217. Nimes 2. Juli 1808. Sirey IX. 61. Pau 25. Januar 1832. Sirey XXXIV. 2. 316.) Der exekutorischen Formel bedarf es selbst dann nicht, wenn der Cessionar gegen einen Drittbesitzer subhastiren will. Auf der andern Seite muß aber der Cessionsakt allerdings ein authentischer sein. Dies geht aus dem Art. 2152 B. G. B. hervor, welcher für den Cessionar, wenn er das in der Inscription gewählte Domizil auf dem Hypothekenbüreau ändern will, die Legitimation durch einen authentischen Cessionsakt verlangt — wenn also die Hypothek nur durch einen authentischen Cessionsakt übergehen kann, so muß dasselbe von der Subhastationsbefugniß gelten, welche innig mit der Hypothek zusammenhängt; wenn man nun noch bedenkt daß Art. 1690 al. 2 für die Acceptation Seitens des debitor cessus einen authentischen Akt verlangt und, daß nach Art. 1250 B. G. B. zur Gültigkeit der Subrogation ein notarieller Akt nöthig ist, so kann man nicht verkennen, daß hierin eine indirekte Bestätigung der ausgesprochenen Ansicht liegt, die übrigens auch von Niemanden bezweifelt wird.

2) Wenn auch unbedenklich der Cessionsakt vor dem Zahlungsbefehl significirt werden kann, so braucht in diesem Falle doch weder Abschrift desselben noch Abschrift des Zustellungsakts mit dem Zahlungsbefehl mitgetheilt zu werden, denn, wenn auch nach §. 2 Subh.-Ord. Abschrift des Titels bei Strafe der Nichtigkeit selbst dann gegeben werden muß, wenn dieser schon früher zugestellt worden ist, so bezieht sich diese Vorschrift nach der Ausführung des §. 25 doch nur auf den Forderungstitel selbst. Letzteren wird der Cessionar natürlich ebenso gut mittheilen lassen müssen, wie es der ursprüngliche Gläubiger gemußt hätte; im Uebrigen aber genügt es, wenn

nur aus dem Commandement erhellt, in welcher Eigenschaft er agirt, (Colmar 12. Mai 1809. — cass. Paris 16. April 1821. Sirey XXI. 1. 414. Toulouse 11. Januar 1831. Sirey XXXI. 2. 217. Vgl. auch Bordeaux 1. August 1834. Sirey XXXIV. 2. 685.)

3) Da der Zahlungsbefehl kein Theil des Subhastationsverfahrens sondern nur die nothwendige Präcedenz desselben ist, wie sich schon, abgesehen von andern Gründen, die hier ihre Stelle nicht finden können, aus der Wortfassung der Art. 673 B. P. O. §. 2 Subh.-Ord. („*sera precédée*" — „muß vorhergehen") ergiebt, so braucht der Cessionsakt nicht, wie Tarrible behauptet, vor dem Zahlungsbefehl significirt zu werden, sondern es genügt, wenn die Signification in dem Zahlungsbefehl erfolgt, (Nimes 2. Juli 1808. Sirey IX. 2. 61), und zwar wird es, streng genommen sogar, genügen, wenn die Signification erst nach dem Zahlungsbefehl aber vor der Beschlagnahmeverfügung erfolgt, was jedoch allerdings ein gefährliches und wenig anzurathendes Verfahren sein möchte.

Hier ist auch die Stelle, wo eine praktische Bemerkung ihren Platz finden möge. Nämlich, wenn auch die Ansicht von Tarrible im Allgemeinen mehr Mißbilligung als Beifall gefunden hat, so ist doch die Frage noch keineswegs als unbedingt fixirt zu betrachten und die Meinung des berühmten Rechtsgelehrten könnte eben so gut jetzt noch von den Gerichtshöfen adoptirt werden, wie dieses früher bisweilen geschah. Deßwegen wird der Cessionar, welcher wegen der übertragenen Forderung subhastiren will, eine keineswegs unräthliche Vorsichtsmaßregel anwenden, wenn er einen notariellen mit der exekutorischen Klausel versehenen Cessionsakt zu erhalten sucht und wenn er nach vorheriger Signification desselben an den Schuldner, in dem Zahlungsbefehl mit der Abschrift des Forderungstitels zugleich Abschrift der Cessionsurkunde und des Significationsaktes geben läßt.

## §. 28.

Nach dem Art. 1690 al. 2 B. G. B. kann der Cessionar auch noch auf andere Art saisirt werden, nämlich dadurch, daß der Schuldner (debitor cessus) in einem authentischen Akt die Uebertragung annimmt. Deßwegen glaubt Duranton in diesem Falle sei eine besondere Signification nicht nöthig (Duranton XXI. 48). Diese Ansicht mag allerdings den Motiven des Art. 2214 B. G. B. entsprechen, immer aber stehen ihr die ausdrücklichen Worte des Artikels entgegen, der, wenn er auch nur die Absicht hat, zu verhindern, daß ein nicht saisirter Cessionar die Expropriation des debitor cessus betreibe, doch sehr wohl zu gleicher Zeit vorschreiben kann, daß der Cessionar gerade auf die in dem Artikel angegebene Art saisirt sein solle. Deßwegen wird die Signification des Cessionsaktes auch dann nöthig sein, wenn der Schuldner die Uebertragung angenommen hat. —

Daß die Signification vermittelst eines Gerichtsvollzieheraktes zu ge-

schehen habe, versteht sich eigentlich von selbst; die beiläufige Bemerkung möge aber doch hier ihren Platz finden, daß der Appellhof zu Cöln einmal Gelegenheit gehabt hat, die Frage zu entscheiden, ob die durch einen Notar geschehene Signification gültig sei. Die Frage wurde verneint. (II. Senat 28. August 1828. Arch. 12. 1. 128).

## Abschnitt XI. Von Hypothekargläubigern.

### §. 29.

Während auf der einen Seite die Subhastation gerade dem Hypothekargläubiger vorzüglich nützt und er in Bezug auf das Resultat des Zwangsverkaufs vor dem Chirographargläubiger begünstigt ist, beschränkt ihn der Art. 2209 B. G. B. in anderer Beziehung mehr als den Chirographargläubiger; er soll nämlich die ihm nicht verpfändeten Immobilien nur dann zum Zwangsverkauf bringen dürfen, wenn die ihm verpfändeten zur Tilgung seiner Forderung unzulänglich sind, es sei denn (Vgl. Art. 2211 B. G. B.) daß die Liegenschaften sämmtlich zu einer und derselben Bewirthschaftung gehörten.

Le creancier ne peut pour poursuivre la vente des immeubles, qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens, qui lui sont hypothéqués.

Durch diesen Artikel ist eine sogenannte exceptio excussionis realis eingeführt, die sowohl dem Schuldner, als auch gewiß dem Gläubiger zusteht, welcher eine Specialhypothek an den in Anspruch genommenen Immobilien hat; auch wird man dem bloßen chirographarischen Gläubiger die Befugniß, die genannte Einrede geltend zu machen, nicht absprechen können, da er einestheils vermöge des Art. 1166 B. G. B. die Rechte seines Schuldners ausüben kann, anderntheils aber auch offenbar in seiner eigenen Person ein wohlbegründetes Interesse hat, sich der unberechtigten Discussion eines auch ihm in eventum haftenden Executionsobjektes zu widersetzen. Daß dem Schuldner aus dem Art. 2209 ein Einspruchsrecht zustehe, wurde erkannt vom III. Senat am 26. August 1840. Arch. 30. 1. 59.

Die Einrede kann nur vorkommen als ein Einspruch gegen das Subhastationsverfahren, wenn nämlich derjenige Gläubiger, welcher eine Hypothek an bestimmten Grundstücken hat, andere ihm nicht verpfändete Grundstücke subhastirt und, da die Einrede dahin zielt, daß das Subhastationsverfahren unberechtigt eingeleitet sei, so ist sie, als gegen die Zulässigkeit des Verfahrens gerichtet, zu betrachten, und muß daher spätestens und zwar bei Strafe des Verlustes im Licitationstermin gemacht werden, §. 19 Subh.-Ord. II. Senat 9. Dezember 1841. Arch. 32. 1. 84), es sei denn etwa, daß ein eingeschriebener Hypothekargläubiger deßwegen das Recht haben möchte, auch noch später Einsprüche einzulegen, weil ihm das Subhastationspatent nicht nach Vorschrift des §. 16 Subh.-Ord. zugestellt wurde.

nur aus dem Commandement erhellt, in welcher Eigenschaft er agirt, (Colmar 12. Mai 1809. — cass. Paris 16. April 1821. Sirey XXI. 1. 414. Toulouse 11. Januar 1831. Sirey XXXI. 2. 217. Vgl. auch Bordeaux 1. August 1834. Sirey XXXIV. 2. 685.)

3) Da der Zahlungsbefehl kein Theil des Subhastationsverfahrens sondern nur die nothwendige Präcedenz desselben ist, wie sich schon, abgesehen von andern Gründen, die hier ihre Stelle nicht finden können, aus der Wortfassung der Art. 673 B. P. O. §. 2 Subh.-Ord. („*sera precédée*" — „muß vorhergehen") ergiebt, so braucht der Cessionsakt nicht, wie Tarrible behauptet, vor dem Zahlungsbefehl significirt zu werden, sondern es genügt, wenn die Signification in dem Zahlungsbefehl erfolgt, (Nimes 2. Juli 1808. Sirey IX. 2. 61), und zwar wird es, streng genommen sogar, genügen, wenn die Signification erst nach dem Zahlungsbefehl aber vor der Beschlagnahmeverfügung erfolgt, was jedoch allerdings ein gefährliches und wenig anzurathendes Verfahren sein möchte.

Hier ist auch die Stelle, wo eine praktische Bemerkung ihren Platz finden möge. Nämlich, wenn auch die Ansicht von Tarrible im Allgemeinen mehr Mißbilligung als Beifall gefunden hat, so ist doch die Frage noch keineswegs als unbedingt fixirt zu betrachten und die Meinung des berühmten Rechtsgelehrten könnte eben so gut jetzt noch von den Gerichtshöfen adoptirt werden, wie dieses früher bisweilen geschah. Deßwegen wird der Cessionar, welcher wegen der übertragenen Forderung subhastiren will, eine keineswegs unräthliche Vorsichtsmaßregel anwenden, wenn er einen notariellen mit der exekutorischen Klausel versehenen Cessionsakt zu erhalten sucht und wenn er nach vorheriger Signification desselben an den Schuldner, in dem Zahlungsbefehl mit der Abschrift des Forderungstitels zugleich Abschrift der Cessionsurkunde und des Significationsaktes geben läßt.

## §. 28.

Nach dem Art. 1690 al. 2 B. G. B. kann der Cessionar auch noch auf andere Art saisirt werden, nämlich dadurch, daß der Schuldner (debitor cessus) in einem authentischen Akt die Uebertragung annimmt. Deßwegen glaubt Duranton in diesem Falle sei eine besondere Signification nicht nöthig (Duranton XXI. 48). Diese Ansicht mag allerdings den Motiven des Art. 2214 B. G. B. entsprechen, immer aber stehen ihr die ausdrücklichen Worte des Artikels entgegen, der, wenn er auch nur die Absicht hat, zu verhindern, daß ein nicht saisirter Cessionar die Expropriation des debitor cessus betreibe, doch sehr wohl zu gleicher Zeit vorschreiben kann, daß der Cessionar gerade auf die in dem Artikel angegebene Art saisirt sein solle. Deßwegen wird die Signification des Cessionsaktes auch dann nöthig sein, wenn der Schuldner die Uebertragung angenommen hat. —

Daß die Signification vermittelst eines Gerichtsvollzieherakter zu ge-

schehen habe, versteht sich eigentlich von selbst; die beiläufige Bemerkung möge aber doch hier ihren Platz finden, daß der Appellhof zu Cöln einmal Gelegenheit gehabt hat, die Frage zu entscheiden, ob die durch einen Notar geschehene Signification gültig sei. Die Frage wurde verneint. (II. Senat 28. August 1828. Arch. 12. 1. 128).

## Abschnitt XI. Von Hypothekargläubigern.

### §. 29.

Während auf der einen Seite die Subhastation gerade dem Hypothekargläubiger vorzüglich nützt und er in Bezug auf das Resultat des Zwangsverkaufs vor dem Chirographargläubiger begünstigt ist, beschränkt ihn der Art. 2209 B. G. B. in anderer Beziehung mehr als den Chirographargläubiger; er soll nämlich die ihm nicht verpfändeten Immobilien nur dann zum Zwangsverkauf bringen dürfen, wenn die ihm verpfändeten zur Tilgung seiner Forderung unzulänglich sind, es sei denn (Vgl. Art. 2211 B. G. B.) daß die Liegenschaften sämmtlich zu einer und derselben Bewirthschaftung gehörten.

Le creancier ne peut pour poursuivre la vente des immeubles, qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens, qui lui sont hypothéqués.

Durch diesen Artikel ist eine sogenannte exceptio excussionis realis eingeführt, die sowohl dem Schuldner, als auch gewiß dem Gläubiger zusteht, welcher eine Specialhypothek an den in Anspruch genommenen Immobilien hat; auch wird man dem bloßen chirographarischen Gläubiger die Befugniß, die genannte Einrede geltend zu machen, nicht absprechen können, da er einestheils vermöge des Art. 1166 B. G. B. die Rechte seines Schuldners ausüben kann, anderntheils aber auch offenbar in seiner eigenen Person ein wohlbegründetes Interesse hat, sich der unberechtigten Discussion eines auch ihm in eventum haftenden Executionsobjektes zu widersetzen. Daß dem Schuldner aus dem Art. 2209 ein Einspruchsrecht zustehe, wurde erkannt vom III. Senat am 26. August 1840. Arch. 30. 1. 59.

Die Einrede kann nur vorkommen als ein Einspruch gegen das Subhastationsverfahren, wenn nämlich derjenige Gläubiger, welcher eine Hypothek an bestimmten Grundstücken hat, andere ihm nicht verpfändete Grundstücke subhastirt und, da die Einrede dahin zielt, daß das Subhastationsverfahren unberechtigt eingeleitet sei, so ist sie, als gegen die Zulässigkeit des Verfahrens gerichtet, zu betrachten, und muß daher spätestens und zwar bei Strafe des Verlustes im Licitationstermin gemacht werden, §. 19 Subh.-Ord. II. Senat 9. Dezember 1841. Arch. 32. 1. 84), es sei denn etwa, daß ein eingeschriebener Hypothekargläubiger deßwegen das Recht haben möchte, auch noch später Einsprüche einzulegen, weil ihm das Subhastationspatent nicht nach Vorschrift des §. 16 Subh.-Ord. zugestellt wurde.

Der Art. 2209 spricht zwar nur von solchen Gläubigern, welche eine Hypothek haben, ist aber gewiß theils wegen absoluter Gleichheit des Grundes, theils weil Art. 2113 B. G. B. überhaupt die Privilegien den Hypotheken gleich stellt, auch auf den Gläubiger zu beziehen, der ein Privileg an einem bestimmten Grundstück hat; so erkannte ein Urtheil des III. Senats vom 26. August 1840. (Arch. 30. 1. 59), daß die exceptio discussionis des Art. 2209 auch gegen den Verkäufer eines Grundstückes mit Erfolg geltend zu machen sei, der wegen des Restkaufpreises andere Grundstücke des Schuldners subhastiren läßt.

Die Frage, ob der Art. 2209 auch dem Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden könne, der nur im Besitz einer Hypothek an solchen Grundstücken ist, die in dem Bezirk eines andern Hypothekenamtes liegen, als die nicht verpfändeten, möchte zu bejahen sein, (lex non distinguit), wenn sich die verhypothecirten Immobilien nur im Bezirk desselben Appellhofes befinden, (arg. Art. 2022 B. G. B.)

## §. 30.

Wenn die einem Hypothekargläubiger verpfändeten Grundstücke zur Tilgung seiner Forderung nicht hinreichen, so steht ihm der Art. 2209 nicht entgegen. Da aber das Gesetz diese Insufficienz zur Bedingung seiner Poursuiten macht, so liegt ihm im Falle eines Einspruchs der Beweis der Unzulänglichkeit ob. Schon nach Römischem Recht verhielt sich dies so, wo das sogenannte beneficium excussionis realis vorkam (cf. l. 2. D. XX, 4). In der That sprechen auch fast sämmtliche Ausleger des Art. 2209 und fast alle in dieser Hinsicht ergangenen Urtheile dem Gläubiger die Beweislast zu und die entgegengesetzte Ansicht von Boileux, wird kaum durch ein einzelnes Urtheil bestätigt (cf. Boileux ad art. 2209 und rejet 7. Oktober 1807. Sirey VIII. 81), während die im Paragraphen angenommene Ansicht allgemein getheilt wird (cf. Duranton XXI, 4. Lachaize I. p. 142. Sirey XXXV, 2. 232 und die im vorigen Paragraphen angeführten Urtheile des Appellhofes zu Köln).

Auf der andern Seite braucht aber der Gläubiger die ihm zur Hypothek gestellten Güter nicht vorab zu diskutiren, sondern es genügt, wenn er die Insufficienz derselben auf irgend eine Weise darzuthun im Stande ist; so wird Unzulänglichkeit schon dann angenommen werden müssen, wenn die über die Hypothekenbestellung aufgenommene Urkunde selbst die Liegenschaft für nicht hinreichend zur Tilgung der Forderung erklärt (Sirey XXVII. 1. 509), oder wenn frühere Hypotheken voraussichtlich den Kaufpreis absorbiren werden; auch wird eine Abschätzung durch Sachverständige als Beweismittel dienen können, ja selbst diese ist nicht einmal nöthig, denn der Werth der verpfändeten Liegenschaft kann auch unter analoger Anwendung des Gesetzes vom 14. November 1808 in der Art berechnet werden, daß

der Pachtwerth nach den letzten authentischen Pachtverträgen 25 mal oder daß Mangels solcher Verträge der Katastralreinertrag 30 mal genommen wird. (Persil pére Quest. V°. saisie imm. sect. 4. §. 3. Pigeau II, 200. Persil fils comm. I. N°. 30. Grenier II, 478. Duranton XXI, 24. Delvincourt ad art. 2209 und besonders Merlin repert. V°. sais. imm. §. 3. N°. 5. Cass. Paris 27. Juni 1827. Sirey XXVII. 1. 509).

Wenn aber Tarrible an den angeführten Stellen meint, der Werth der dem Gläubiger zur Hypothek gestellten Grundstücke könne auch nach dem Art. 2165 B. G. B. berechnet, und hiernach die Frage, ob Insufficienz vorhanden sei, beurtheilt werden, so kann man dem nur insofern beistimmen, als der Art. 2165 dem Richteramt gestattet, sich aller möglichen Mittel zur Aufklärung über den Werth eines zur Hypothek gestellten Grundstücks zu bedienen, wenn es sich um Reduktion einer Inscription handelt. Wollte man aber die Bestimmung der angezogenen Gesetzesstelle, nach welcher der Werth der Liegenschaft nur nach dem 15maligen Betrage des Katastralreinertrags berechnet werden soll, auf den vorliegenden Fall anwenden, so würde man offenbar irren, denn im Falle des Art. 2165 hat der die Reduktion einer hypothekarischen Einschreibung verlangende Schuldner die Sufficienz des Grundstücks zu beweisen und deßwegen muß er darthun, daß sogar schon der nach dem nur 15maligen Katastralreinertrag berechnete Werth zur Sicherung des Gläubigers genüge, während im vorliegenden Fall der Gläubiger die Insufficienz zu beweisen hat, die sich natürlich dadurch noch nicht klar herausstellt, daß der Reinertrag der Liegenschaft 15 mal genommen den Betrag der Forderung nicht erreicht, indem der Werth voraussichtlich größer sein wird. Dagegen paßt der Fall des Gesetzes vom 14. November 1808 genau auf den vorliegenden. Dieses Gesetz, als Ausnahmebestimmung des Art. 2210 B. G. B. gestattet nämlich dann den gleichzeitigen Verkauf der in verschiedenen Arrondissements gelegenen Grundstücke des Schuldners, wenn der Werth derselben unzureichend ist, um die eingeschriebenen Forderungen zu decken und bestimmt, daß als Werth der Grundstücke der 30malige Betrag des Katastralreinertrages betrachtet werden solle. Hier liegt also ein Fall vor, wo bei der Ermittelung der Insufficienz nicht der 15malige sondern der 30fache Betrag des Reinertrages als Maßstab des Werthes angenommen wird. Derselbe Maßstab wird auch zur Beurtheilung der durch den Art. 2209 verlangten Insufficienz anzuwenden sein, und wenn der Gläubiger dieselbe aus dem Verhältniß der Höhe seiner Forderung zu dem Katastralreinertrage deduciren will, so wird nicht der 15fache Betrag des letztern im Sinne des Art. 2165, sondern der 30fache in Anschlag zu bringen sein.

Daß der Gläubiger die Unzulänglichkeit nicht weiter darzuthun habe, wenn sie nicht bestritten wird, versteht sich von selbst, wie auch, daß der Zwangsverkauf nicht hinterher als nichtig angefochten werden kann, wenn der Extrahent auch dem Art. 2209 zuwidergehandelt hätte. (cf. supra §. 29.

§. 19. Subh.-Ord. Rejet 27. Juni 1827. Dalloz 1827 p. 285. — Pailliet ad art. 2209).

## §. 31.

Unter Berufung auf die Bestimmungen des Römischen Rechts dehnen die meisten Ausleger des Art. 2209 denselben auch auf den Fall aus, wo ein Gläubiger zugleich eine Special- und eine Generalhypothek hat, wonach diesem Gläubiger auch dann die exceptio excussionis des Art. 2209 entgegenstehen würde, wenn er die ihm generell verpfändeten Immobilien zuerst subhastiren wollte. (Troplong Priv. et hyp. II. N°. 762. Grenier I, 185. II, 478. Zachariae §. 581 Anm. 13).

Dieser Ansicht steht unstreitig der Wortlaut des Art. 2209 entgegen, der nur dem Hypothekargläubiger verbietet, diejenigen Grundstücke zu subhastiren, an denen er gar kein hypothekarisches Recht hat. Ferner kann nicht geläugnet werden, daß der Art. 2209 selbst schon eine Ausnahme des gemeinen Rechts des code civil darstellt, da nach den Art. 2092, 2093 und 2204 als Regel gilt, daß jeder Gläubiger, einerlei, ob er eine Hypothek habe oder nicht, jedes Grundstück seines Schuldners subhastiren könne. Eine analoge Ausdehnung einer solchen speciellen Rechtsnorm, wie der Art. 2209 enthält, dürfte daher schon an und für sich unthunlich erscheinen; ein näheres Eingehen auf das Römische Recht wird aber auch die Ueberzeugung erwecken, daß von einer analogischen Anwendung desselben zwar wohl in anderer Beziehung, nämlich wo es sich von der Befriedigung der Gläubiger im Ordreverfahren handelt, nicht aber da die Rede sein kann, wo lediglich die Subhastationsbefugniß eines Gläubigers zu beurtheilen ist.

Was nun zunächst das Römische Recht selbst betrifft, so galt nach dem Recht der Pandekten unstreitig die Regel, daß der Gläubiger, welcher generelles und specielles Pfandrecht zu gleicher Zeit hatte, die ihm generell verpfändeten Immobilien ohne alle Frage auch vor dem Specialpfand diskutiren konnte, ein Responsum Papinians läßt hierüber keinen Zweifel. Die lex 2. D. XX, 4 lautet nämlich folgendermaßen:

> Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae *specialiter* accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventione secundus creditor in pignore dato non tam potior, quam solus invenietur.

Nur also dann soll der Gläubiger, welcher ein General- und ein Specialpfand hat, auf letzteres beschränkt sein, wenn dieses das frühere war und das Generalpfand später nur unter der Bedingung der Unzulänglichkeit des Specialpfandes bestellt war, wo dann natürlich bei dem Ausfall der in dem spätern Vertrag gestellten Bedingung (deficiente secunda conventione) jedes

Pfandrecht an den übrigen früher unter dem pignus generale begriffenen Sachen aufhören mußte. Zwar steht statt des groß gedruckten Wortes „specialiter" in der Florentina und in den meisten Ausgaben des corpus iuris das Wort „generaliter"; da dieses aber offenbar keinen Sinn gibt, so muß man nach dem ganzen Zusammenhang der Stelle mit Haloander (cf. Vangerow I. §. 389) „specialiter" lesen. Möge dem nun aber auch sein, wie ihm wolle, jedenfalls ergibt sich aus der angeführten Pandektenstelle daß der mit General- und Specialpfand versehene Gläubiger, wenn er auch aus der ihm bloß generell verpfändeten Sache seine volle Befriedigung holen wollte, in der Regel nicht auf sein Specialpfand verwiesen werden konnte.

Aus den beiden Koderstellen aber, nämlich l. 2. c. VIII, 14 und l. 9. c. VIII, 28, die natürlich das spätere Recht enthalten, hat man den Satz herleiten wollen, daß ein Generalpfand, da, wo es mit einem Specialpfand in der Person eines und desselben Gläubigers konkurrire, stets nur subsidiärer Natur sei, und daß daher diesem Gläubiger gegenüber, wenn er aus Sachen die bloß zu dem Generalpfande gehören, seine Befriedigung holen wolle, jeder Betheiligte, also sowohl der Schuldner als auch ein anderer Pfandgläubiger, stets das beneficium excussionis, d. h. das Recht der Hinverweisung auf das Specialpfand habe und diese Ansicht wird allerdings von fast allen ältern Lehrern des Römischeu Rechts getheilt (vgl. z. B. Brunnemann ad legem 2 cod. VIII, 14. — Voet Pand. lib. 20. tit. 1 N°. 16. Gesterding Pfandrecht S. 345, 351. — Carpzov p. 2. c. 23. def. 29).

In neuerer Zeit hat sich aber die Auffassung vielfach Bahn gebrochen, daß die citirten Koderstellen überhaupt gar nichts an dem Pandektenrecht geändert hätten, sondern daß sie nur Regeln über die Auslegung von Verpfändungsverträgen enthielten (cf. Zimmern Giesser Zeitschrift I. S. 47 und besonders Vangerow Leitfaden I. §. 389). In der That ist in beiden Stellen nur von Pfandrechten die Rede, die durch Vertrag entstanden sind und wenn im Anfang der l. 2. c. VIII, 84 ausdrücklich die Regel des Pandektenrechts anerkannt wird, daß ein Gläubiger an den ihm generell verpfändeten Sachen dasselbe Recht habe, was ihm an den Specialpfändern zustehe, so möchte der Sinn der kaiserlichen Verordnungen nur der sein können, daß unter gewissen Bedingungen der Vertrag, durch welchen der Creditor sich ein generelles Pfandrecht bestellen läßt, so ausgelegt werden soll, als wenn der Gläubiger sich stillschweigend verpflichte, das ihm für dieselbe Forderung zustehende Specialpfand zunächst anzugreifen, welche Auslegung stets dann eintreten muß, wenn zu einem speciellen Pfandrecht ein konventionelles Generalpfandrecht durch gleichzeitige oder nachherige Bestellung hinzukommt, und der Gläubiger sich nicht ein jus variandi vorbehält; wenn aber umgekehrt zu einem Generalpfandrecht noch eine specielle Hypothek hinzukommt, so kann die Absicht der Contrahenten nur dahin gehen, dem Gläubiger noch die be-

sondern Vortheile und Bequemlichkeiten der Specialhypothek zu gewähren, denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gläubiger in dem zweiten Verpfändungsvertrage auf das Recht verzichtet habe, das ihm bereits früher zugestandene Generalpfandrecht ad libitum auszuüben und sich durch die Hinweisung auf das Specialpfand beschränken zu lassen, denn Verzichte werden nicht präsumirt. In der That wird auch fast allgemein und selbst von solchen, die sonst für eine weite Interpretation der Koderstellen sind, z. B. von Thibaut, anerkannt, daß unter der Herrschaft des Römischen Rechts eine später bestellte Specialhypothek dem Gläubiger nicht das Recht nehme, zuerst das Generalpfand anzugreifen. (cf. Thibaut civ. Arch. XVIII, S. 1. — Sintenis-Pfrecht S. 494. — Vangerow I. §. 389 und ein Urtheil des Appellhofes zu Köln vom 7. Juli 1825. Arch. VIII. 1. 181).

Sollte man sich für die hier entwickelte Ansicht entscheiden, so kann man auch nicht zweifeln, daß die l. 2. c. VIII, 14 und die l. 9. c. VIII, 28 selbst in ihrer beschränkten Bedeutung, die nach dem obigen übrig bleibt, keine analoge Anwendung auf die Grundsätze der Subhastationsbefugniß unseres Rechts finden können, denn das B. G. B. kennt keine konventionelle Generalhypothek (Art. 2129 B. G. B.), da die durch den Art. 2130 unter gewissen Bedingungen erlaubte generelle Verpfändung offenbar nur eine Reihe von Specialhypotheken in's Leben ruft.

Für das B. G. B. muß daher als Regel aufgestellt werden, daß sowohl dann, wenn zu einer generellen eine specielle Hypothek hinzukommt *) als auch im umgekehrten Falle **) dem Gläubiger nicht die Einrede des Art. 2209 gemacht werden kann, wenn er die ihm bloß generell haftenden Grundstücke subhastiren will. Dieser Satz würde selbst dann seine Gültigkeit behalten müssen, wenn man auch der ältern, allerdings durch die bedeutendsten Autoritäten adoptirten Auslegung der mehrfach citirten Koderstellen folgen wollte; denn selbst dann würden die durch die kaiserlichen Verordnungen zur Geltung gebrachten Grundsätze nur hinsichtlich der im Ordreverfahren zu beobachtenden Normen analog angewendet werden können, nicht aber in Bezug auf die Subhastationsbefugniß des Gläubigers, denn das Römische Recht kannte nicht das Princip des B. G. B., nach welchem jeder Gläubiger selbst ohne Hypothek und ohne Rücksicht auf seine Befriedigung zur Beschlagnahme der Immobilien seines Schuldners berechtigt ist, sondern nach diesem Recht war nur der Pfand-Creditor zu der distractio pignoris berechtigt, und zwar mußte er sich immer erst vorher im Wege der gegen den Schuldner, den Drittbesitzer oder den schlechtern Pfandgläubiger angestellten actio hy-

*) z. B. wenn einem Mündel vom Vormund oder einer Ehefrau von ihrem Manne später ein besonderes Grundstück vertragsweise zur Hypothek gestellt wird.

**) wenn z. B. ein Gläubiger der eine specielle Hypothek hat, später auf Grund eines Urtheils eine allgemeine Inscription nimmt.

pothecaria in den Besitz des Pfandobjekts gesetzt haben; bloße Chirographargläubiger konnten überhaupt niemals die Güter ihrer Schuldner distrahiren und wenn, um ihre Forderungsansprüche zwangsweise zu realisiren, ein Verkauf dieser Güter von Gerichtswegen statt finden sollte, so mußte vorher ein pignus praetorium oder ein pignus indicati causa captum begründet sein. (Codex VIII. Tit. 22 — 23); dagegen hatte nur der eigentliche Pfandgläubiger ein unserer Subhastationsbefugniß entsprechendes Recht und da also das Römische Recht die Regel nicht kannte, von welcher der Art. 2209 eine Ausnahme ist, so kann auch diese Ausnahme nicht nach Analogieen des Römischen Rechts ausgedehnt werden. Der in diesem Paragraphen angenommenen Ansicht steht Art. 2170 B. G. B. keineswegs entgegen; denn wenn auch der Drittbesitzer dem nur mit einer generellen Hypothek versehenen Gläubiger seines Autors unter Umständen die exceptio discussionis entgegensetzen kann, so beruht dies lediglich auf den besondern Rechtsverhältnissen des Drittbesitzers, (cf. infra §. 116 N°. 2).

## §. 32.

Es kann nicht geläugnet werden, daß die im vorigen Paragraphen entwickelte Ansicht über die Beschränkung des Art. 2209 auf den in ihm nach dem Wortlaut enthaltenen Fall zu anscheinenden Härten sowohl gegen den Schuldner oder Drittbesitzer, als auch gegen andere Hypothekargläubiger führt, indessen sind diese Härten eben nur anscheinende und werden sich bei näherer Betrachtung sofort verlieren und so mag den beiden Fällen, die hier hauptsächlich in Betracht kommen, eine kurze Betrachtung gewidmet werden.

### I. Fall.

Ein Gläubiger, der eine zur Deckung seiner Forderung vollkommen genügende Specialhypothek, zugleich aber auch eine Generalhypothek hat (sei es nun eine frühere legale oder eine spätere judicielle), dehnt die Subhastation nicht nur auf das speciell zur Hypothek gestellte Grundstück, sondern auch auf die übrigen Liegenschaften des Schuldners aus. Hier würde also der Subhastat hinsichtlich der letztern Grundstücke eine ganz unnöthige Exekution erleiden. Aber dasselbe würde eintreten, wenn ein mit zwei Specialhypotheken, von denen die eine vollkommen hinreicht, versehener Gläubiger beide verpfändete Grundstücke saisirte oder auch selbst dann, wenn ein bloßer Chirographargläubiger mehr Grundstücke subhastirte, als zur Deckung seiner Forderung nöthig sind und doch kann man letztern Gläubigern das Recht zu ihrem Verfahren an sich nicht absprechen. (cf. l. 8. D. XX, 5). Nichtsdestoweniger gewähren die Gesetze dem so ungerechter Weise vielleicht mit dem völligen Ruin seines Vermögens bedrohten Subhastaten Schutz, denn

in dieser Rechtsmaterie gilt gewiß ebenso, wie nach Römischem Recht (cf. Guyet civ. Arch. S. 368), so auch nach unserm Recht der Grundsatz, daß Niemand ein ihm zustehendes Recht zur Chikane eines andern ausüben dürfe, und wenn daher der Subhastat dem Specialhypothekar- ja selbst dem Chirographargläubiger gegenüber die Beschränkung der saisie auf das Erforderliche verlangen kann (cf. Merlin V°. sais. imm. §. 3 N°. 5. Carré et Chauveau Quest. 2198 §. 3 N°. 2, und arg. 2212 B. G. B.) so wird er auch zu verlangen berechtigt sein, daß der mit einer generellen Hypothek versehene Gläubiger, die Beschlagnahme auf das vollkommen genügende Specialpfand beschränke, ja selbst wird er diese Forderung auch dann stellen können, wenn der Gläubiger nur die nicht unter der Specialhypothek begriffenen Güter subhastiren will.

Aber wird man vielleicht fragen, ist es nicht eine Inconsequenz, auf der einen Seite den Art. 2209 für unanwendbar zu erklären und doch auf der andern Seite dieselbe exceptio excussionis zu gewähren, die auch der angeführte Artikel gestattet? Keineswegs. Im Falle des Art. 2209 hängt das Recht des Gläubigers zu subhastiren, von dem Beweise der Insufficienz ab, den er selbst zu liefern hat; im vorliegenden Falle dagegen bleibt das Recht des Gläubigers an sich unangetastet und dem Schuldner wird nur die Einrede gestattet: „du sollst dein Recht nicht unnöthiger Weise zu meiner Chikane ausüben“ und hier hat der Excipient die Sufficienz des Specialpfandes zu beweisen; er muß darthun, daß letzteres zur sofortigen Befriedigung des Gläubigers vollkommen ausreicht und seine Einrede ist nicht die aus dem Art. 2209.

## II. Fall.

Im Ordreverfahren verlangt der Gläubiger, welcher eine vollkommen ausreichende Specialhypothek hat, seine Befriedigung aus dem Kaufpreise derjenigen Grundstücke, an denen ihm bloß eine generelle Hypothek zusteht. Der Fall hängt allerdings streng genommen nicht mit den bei der Beurtheilung des Art. 2209 in Betracht kommenden Rechtsregeln zusammen; indessen bedarf er einer kurzen Erwähnung, um zu zeigen, daß die im vorigen Paragraphen angenommene Auslegung auch im Ordreverfahren nicht zu Härten führt.

Denke man sich, der Gläubiger habe auch unnöthiger Weise nicht nur die speciell, sondern auch die generell verpfändeten Liegenschaften subhastirt, ohne daß ihm gegenüber die unter dem I. Fall besprochene Einrede entgegengesetzt oder durchgeführt wäre, so wird er doch natürlich bloß auf den Kaufpreis des ihm besonders zur Hypothek gestellten Grundstücks angewiesen werden, wenn dieser Kaufpreis ausreicht und er wird der Locirung der auf die andern Liegenschaften eingeschriebenen Gläubiger nicht hinderlich sein. Wäre der Fall aber so, daß er nur das ihm generell haftende Grundstück zum Zwangsverkauf gebracht hätte, so daß es sich also nur von der Ver-

theilung dieses Kaufpreises handelte, so würden sowohl die andern mit einer Inscription auf dieses Grundstück versehenen Gläubiger, als auch der Schuldner berechtigt sein, zu verlangen, daß er zunächst nicht locirt, sondern auf seine Specialhypothek verwiesen werde (cf. Grenier I, 185, welcher Schriftsteller dasselbe, obwohl aus andern Gründen, annimmt). Da die Quelle dieser Befugniß des Schuldners und der andern Gläubiger aber nicht der Art. 2209, sondern lediglich der allgemeine Rechtssatz ist, wonach Niemand sein Recht bloß zur Chikane Anderer ausüben darf, so wird die angegebene Befugniß ihnen nur dann in specie zustehen, wenn ihnen der Beweis gelingt, daß die Specialhypothek zur alsbaldigen Befriedigung des mit der Generalhypothek versehenen Gläubigers vollkommen ausreichend ist und letzterer wird mit allen andern nach dem Range und Alter seiner Hypothek konkurriren müssen, wenn der Beweis nicht vollständig gelingt; ja selbst dann, wenn seine Ausschließung begründet ist, wird er doch solche Vorsichtsmaßregeln verlangen können, die ihm ein Zurückgehen auf den zu vertheilenden Kaufpreis für den Fall sichern, daß die Specialhypothek wider Erwarten für seine Befriedigung nicht ausreichen möchte. (Grenier I, 185. — Troplong priv. et hyp., II, 762). Die anzuwendenden Vorsichtsmaßregeln werden z. B. darin bestehen, daß die spätern Gläubiger nur gegen eine cautio de reddendo Zahlungsanweisungen erhalten.

## Abschnitt XII. Von Ausländern.

### §. 33.

Daß Ausländer überhaupt im Inlande subhastiren können, versteht sich von selbst; es könnte nur die Frage entstehen, ob man unter Anwendung des Art. 166 B. P. O. vorab die Hinterlegung einer Kaution verlangen könne. Indessen muß diese Frage unbedenklich verneint werden, da der Subhastation immer ein exekutorischer Titel zu Grunde liegt, der also schon den von dem Souverain ausgehenden Befehl an die betreffenden Beamten enthält, ihr Ministerium zur Vollstreckung zu leihen, sobald sie dazu gesetzlich requirirt werden; auch hat sich die Jurisprudenz ganz entschieden für die Verneinung der Frage ausgesprochen. (cf. Boncenne I. N°. 133. — Duranton I. 164. — Favard II. p. 456. — Merlin V°. caut. jud. solv. §. 1. — Pigeau comm. I. p. 373. — cass. Paris 9. April 1807. Dalloz XIV. p. 233).

# Capitel II.

## Von den Requisiten, welchen die Forderung entsprechen muß, um als Grundlage der Subhastation zu dienen.

(Art. 2213 B. G. B. — 551 B. P. O.)

§. 34.

Wenn auch im allgemeinen als Regel gilt, daß eine jede Forderung durch Subhastation beigetrieben werden könne, so muß sie doch einestheils auf einem authentischen und exekutorischen Titel beruhen, anderntheils gewiß, fällig und liquide sein. Von der Beschaffenheit des Titels wird im folgenden Capitel die Rede sein, in gegenwärtigem aber von den zuletzt erwähnten Erfordernissen.

### Abschnitt I. Die Forderung muß gewiß sein.

§. 35.

Dies heißt weiter Nichts, als daß sie nicht von einer aufschiebenden (suspensiven) Bedingung abhängig sein darf, indem die noch von einer solchen Bedingung abhängige Forderung nicht einmal zur Erlassung eines Zahlungsbefehls berechtigen würde. Das Vorhandensein einer auflösenden (resolutiven) Bedingung, sei es nun die jedem synallagmatischem Vertrage von selbst inwohnende, oder eine durch besondern Vertrag begründete, hindert aber nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht die Exekution der in der Art bedingten Obligation und es besteht daher auch kein Hinderniß, für eine solche Forderung zu subhastiren. (Art. 1183—1184 B. G. B. Toullier VI. N⁰. 549 ff.).

Der Fall, daß einer bloßen Mobilarforderung eine Resolutivbedingung hinzugefügt ist, wird allerdings kaum in anderer Weise vorkommen können, als so, daß der Gläubiger zwar sofort zu fordern berechtigt, aber zugleich unter gewissen Bedingungen verpflichtet ist, das Erhaltene herauszugeben. Ein Beispiel wird dies klar machen: A. vermiethet dem B. durch notariellen Akt eine Oehlmühle z. B. auf 3 Jahre unter der Verabredung, daß der ganze Miethzins für die 3 Jahre im Betrage von 1000 Thlr. zwar sogleich einforderbar sein, daß er aber auf 700 Thlr. herabgesetzt werden soll, wenn innerhalb der 3 Jahre eine andere Oehlmühle in der Stadt in Betrieb gesetzt werden möchte. Bezahlt nun B. nur 700 Thlr., so hat zwar

A. ein alsbald zu exequirendes Forderungsrecht auf 300 Thlr.; dieses Forderungsverhältniß soll aber im Falle des Eintritts einer gewissen Bedingung aufgelöst sein. Wenn nun auch im Allgemeinen der Eintritt einer Resolutivbedingung rückziehend (ex tunc) wirkt und z. B. das unter einer solchen Bedingung übertragene Eigenthum rückwärts vernichtet wird, so verhält sich in gegenwärtigem Falle die Sache doch anders. Weil hier auf beiden Seiten nur obligatorische Ansprüche vorhanden sind, nämlich auf Seiten des A. das Recht sofortige Zahlung der 300 Thlr. zu verlangen, und nöthigen Falls zu exequiren, auf Seiten des B. dagegen das Recht, die etwa gezahlten 300 Thlr. zurückzufordern, wenn eine andere Oelmühle in Betrieb gesetzt werden möchte, so kann bei Eintritt der Bedingung von einer resolutio ex tunc nicht oder doch höchstens insofern die Rede sein, als der Gläubiger etwa außer den 300 Thlr. auch die Zinsen zu erstatten hätte, denn während bei einem resolutive bedingten Eigenthumsübertrag der Keim der Vernichtung des übertragenen Eigenthums schon von vornherein besteht und daher der Erwerber vor dem Ausfall der Bedingung nicht definitiver Eigenthümer wird, besteht vielmehr im vorliegenden Fall die Forderung des A. auf die 300 Thlr. sogleich pure und die hinzugefügte Resolutivbedingung schlägt gleich nach der freiwilligen oder zwangsweisen Zahlung der 300 Thlr. in Wahrheit in eine suspensive Bedingung um, unter welcher A. verpflichtet ist, die 300 Thlr. zurückzugeben.

Diese Ansicht der Sache hat keineswegs bloß theoretischen Werth, sondern schließt die wichtigsten praktischen Folgen in sich. Tritt nämlich während des wegen der Forderung von 300 Thlr. eingeleiteten Subhastationsverfahrens und vor dem Licitationstermin die Bedingung ein, so wird B. allerdings im Licitationstermin die Aufhebung des Verfahrens verlangen können, wenn A. allein wegen der 300 Thlr. poursuivirt, und kein anderer nach §. 17 Subh.-Ord. hierzu berechtigter Gläubiger die Fortsetzung des Verfahrens verlangt; aber alle bis dahin etwa dem Subhastaten B., z. B. durch Erhebung einer andern Opposition gegen Zahlungsbefehl oder Beschlagnahme erwachsene Kosten, brauchen nicht ersetzt zu werden; auch kann B. von A. nicht die Erstattung des vielleicht schon durch die Subhastation allein verursachten Schadens beanspruchen, da er durch die Unterlassung der Zahlung, zu welcher er pure ohne Rücksicht auf die schwebende Bedingung verpflichtet war, lediglich selbst diese Kosten und Schäden veranlaßt hat. Sollte aber die Bedingung erst nach dem Licitationstermin eintreten, so kann zwar A. für die 300 Thlr., welche er jetzt nicht mehr zu fordern hat, nicht auf den Kaufpreis angewiesen werden, aber das ganze Verfahren bleibt bestehen und sollten selbst die Gerichte noch etwa über andere von B. im Licitationstermin gemachte Oppositionen zu entscheiden haben, so würde doch aus dem nachherigen Eintritt der Bedingung kein Grund hergeleitet werden können, um das Subhastationsverfahren zu vernichten, denn A. war un-

streitig zur Zeit des Licitationstermins berechtigt, seine Forderung im Wege der Immobilarvollstreckung einzutreiben; Wenn aber Duranton behauptet, in diesem Falle bleibe zwar der Zwangsverkauf bestehen, (Duranton XXI. 43), aber A. habe den B. für den geschehenen Verkauf seiner Grundstücke zu entschädigen, sobald die Bedingung eintrafe, so kann dies aus den bereits oben ausgeführten Gründen nicht zugegeben werden, denn B. war zur Zahlung verpflichtet und hat daher die Folgen seiner Saumseligkeit sich selbst zuzuschreiben. Nur dann, wenn die Bedingung eine potestative in der Willkühr des A. stehende gewesen wäre, oder wenn er selbst die Handlung vorgenommen hätte, durch welche die Bedingung eingetreten ist, z. B. wenn A. im vorliegenden Fall selbst die zweite Oelmühle in Betrieb gesetzt hätte, würde er den B. wegen der durch sein eignes Faktum hinterher unnöthig gewordenen Expropriation entschädigen müssen.

## II. Die Forderung muß fällig (exigibel) sein.

### §. 36.

Der Satz, daß die Forderung fällig sein müsse, bedeutet nur, daß der entweder durch ausdrücklichen Vertrag oder durch die Natur der Sache festgesetzte Zahlungstermin eingetreten sein muß. Ist die Forderung aber fällig, so ist es gleichgültig, ob sie eine selbstständige, oder nur das accessorium oder residuum einer andern Hauptforderung ist; so kann ein Gläubiger für fällige Zinsen subhastiren, wenn auch das Kapital noch nicht fällig ist, ja selbst für rückständige Zinsen eines bereits abgelegten Kapitals. (Cass. Par. 2. Januar 1837. Sirey XXXVII. 1. 596). Auf der andern Seite ist jedoch nicht nöthig daß die ganze Forderung fällig sei, indem der Art. 2216 B. G. B. im Einklang mit dem überhaupt im französischen Recht geltenden Princip der Unschädlichkeit der plus petitio verordnet, daß ein Immobilarbeschlag deßwegen nicht vernichtet werden dürfe, weil er für eine höhere Summe, als die verschuldete, angelegt sei.

Der Satz, daß nicht die ganze Forderung fällig zu sein brauche, findet z. B. seine praktische Anwendung darin, daß die wegen Kapital und Zinsen eingeleitete Subhastation gültig ist, wenn auch nicht das Kapital, sondern bloß die Zinsen fällig sind (cf. Carré Chauv. Quest. 2198 bis. §. 4 N°. 6 und ein daselbst angeführtes Urtheil Bruxelles 4. Januar 1821). Nur versteht es sich von selbst, daß der Schuldner die Aufhebung des ganzen Verfahrens verlangen kann, wenn er auch bloß die fälligen Zinsen nebst den bis dahin aufgelaufenen Kosten bezahlt oder ein desfallsiges offre réel macht; das noch nicht fällige Kapital braucht er nicht abzutragen. Sollte Letzteres jedoch im Laufe des Verfahrens ebenfalls fällig werden, so wird die Fortsetzung nicht durch die bloße Tilgung der Zinsen gehindert. In der That war das Verfahren ursprünglich in Bezug auf das Kapital ungültig, auch

ist es so gut, als wenn für das Kapital gar kein Zahlungsbefehl erlassen wäre, da der erlassene Zahlungsbefehl zu einer Zeit zugestellt wurde, als das Kapital gültigerweise noch gar nicht gefordert werden konnte, und so läßt es sich nicht läugnen, daß der angenommenen Ansicht allerdings die erheblichsten Bedenken entgegenstehen. Indessen, wenn in Anschlag gebracht wird, daß zufolge §. 7 der Subh.-Ord. verbunden mit §. 17 und 19, jeder Gläubiger, der nur auch seinerseits ein Subhastationsgesuch bei dem Friedensrichter angemeldet hat, zur Fortsetzung des Verfahrens berechtigt ist, wenn der Extrahent desistirt oder nicht poursuiviren kann, so wird man auch dem Extrahenten, der doch die Beschlagnahme jedenfalls erwirkt hat, und daher mindestens dem Gläubiger, welcher dem §. 7 Subh.-Ord. genügte, gleichgeachtet werden muß, nicht das Recht absprechen können, wegen der andern auf das Kapital bezüglichen und nunmehr fällig gewordenen Forderung das Verfahren fortzusetzen, wenn auch die ursprünglich allein exigibel gewesene Zinsenforderung wegfällt.

Die hier angenommene Ansicht theilt auch Carré an der citirten Stelle, wenn auch aus Gründen, die unter der Herrschaft der Subh.-Ord. nur noch analogische Geltung haben können. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß untergebens ein neuer Zahlungsbefehl wegen des Kapitals erlassen werden müßte, wenn das Verfahren nicht weiter als bis zum Zahlungsbefehl gediehen sein möchte.

## §. 37.

Der Art. 1188 B. G. B. sagt: „le débiteur ne peut plus reclamer le benefice du terme lorsqu'il a fait faillite ou lorsque par son fait il a diminué les suretés qu'il avait données par le contrat a son creancier". Wenn man zunächst den ersten im Artikel erwähnten Fall, der sich auf das Falliment bezieht außer Betrachtung läßt, so erhält der zweite Fall durch den Art. 2131 B. G. B. in Bezug auf das Hypothekenrecht eine nähere Erklärung und beide Artikel hat eine einstimmige Jurisprudenz in ihrer nothwendigen Verbindung folgendermaßen ausgelegt: wenn zur Hypothek gestellte Immobilien ohne die Schuld des Debitors untergehen oder eine solche Degradation erleiden, daß sie zur Sicherung des Gläubigers nicht mehr hinreichen, so kann Letzterer sofort seine Befriedigung verlangen, wogegen aber der Schuldner das Recht hat, eine Ergänzung der Hypothek anzubieten — sind dagegen die zur Hypothek gestellten Güter durch die Schuld des Debitors untergegangen oder degradirt oder hat er auf andere Weise die Sicherheit des Gläubigers vermindert, z. B. hat er durch Veräußerung nur einestheils der verpfändeten Grundstücke Veranlassung zu einer theilweisen Purgation gegeben, so verliert er das beneficium termini unbedingt — mit andern Worten: die bis dahin nach dem ursprünglichen Titel nicht fällige Forderung wird fällig. (cf. Grenier I, 64. — Persil reg. hyp. ad art. 2131. —

Delvincourt ad art. 2131. — Merlin rep. V°. hyp. sect. 2. §. 3. — Duranton XI, 121. — Troplong priv. et hyp. I. N°. 542). In diesen Fällen hat der Gläubiger allerdings nunmehr eine exigible Forderung und es könnte daher die Frage entstehen, ob jetzt ohne Weiteres subhastirt werden darf. Wäre die Frage allein nach den Principien der Art. 1188 und 2131 zu entscheiden, so müßte sie unbedingt bejaht werden, aber aus einem andern Grunde (und dieser ist entscheidend) kann sie nur bedingt bejaht werden. Nach dem Art. 2213 B. G. B. (vgl. das folgende Kapitel) kann nur auf Grund eines authentischen und exekutorischen Titels vollstreckt werden; hieraus folgt, daß auch nur dasjenige vollstreckt werden kann, was der Titel enthält und, da in vorliegendem Fall nach dem ursprünglichen Titel die Forderung nicht fällig, sondern das Gegentheil ist, so folgt daraus von selbst, daß der Subhastation außer dem ursprünglichen noch ein anderer exekutorischer Titel zu Grunde gelegt werden muß, der die alsbaldige Vollstreckung befiehlt, mit andern Worten: der Gläubiger hat vorab ein Urtheil zu erwirken, welches den Schuldner der ihm anfänglich gestatteten Zahlungsfrist verlustig erklärt, ehe von einer Subhastation wegen der erst in Folge der Bestimmungen des Art. 1188 fällig gewordenen Forderung die Rede sein kann.

Da übrigens der angegebene Grund nur ein aus den Requisiten der Immobilarexekution hergeleiteter Specialgrund ist, so verträgt es sich mit dem obigen recht gut, im Ordreverfahren, das auf eine von andern Gläubigern eingeleitete Subhastation folgt, auch ohne vorheriges Urtheil die Locirung der nach ihrem Titel nicht fälligen Forderung zuzulassen.

## §. 38.

Der Art. 1188 sagt auch, daß der Schuldner die Zahlungsfrist nicht mehr beanspruchen könne, wenn er in Fallimentszustand geräth. Da nun im Fall der Faillite des Schuldners die Hypothekargläubiger überhaupt bis zur Ernennung der definitiven Syndike, die ihnen verpfändeten Liegenschaften zur Subhastation bringen können (Art. 532 H. G. B.), so kann auch untergebens derjenige Hypothekargläubiger, dessen Forderung bloß durch das Falliment fällig geworden ist, subhastiren. Zwar wird mehrfach die Ansicht angenommen, daß der Art. 448 H. G. B., welcher verfügt, die noch nicht verfallenen Passivschulden sollen durch die Eröffnung des Falliments einforderbar werden, nur den Zweck habe, die Hindernisse, welche sich sonst der Liquidation der Masse entgegenstellen würden, zu beseitigen, keineswegs aber die Gläubiger, deren Forderungen erst durch das Falliment fällig geworden sind, zum Verlangen sofortiger Befriedigung zu berechtigen, und deßwegen sei auch der Hypothekargläubiger, dessen Forderung erst auf diese Art fällig geworden, nicht zur Einleitung des Subhastationsverfahrens berechtigt (vgl. Grimm et Broicher H. G. B. Anm. 1. ad art. 448 und die daselbst angeführten Urtheile) — indessen, wenn auch der Art. 448 H. G. B. bloß den

angegebenen Zweck hat, so läßt sich dies doch unmöglich von dem Art. 1188 B. G. B. behaupten, der offenbar den Fall des Falliments ganz gleich dem andern Fall behandelt, wo der Schuldner auf andere Art die Sicherheit des Gläubigers vermindert. Ein Chirographargläubiger, dessen Forderung durch das Falliment fällig geworden ist, wird allerdings, obgleich er den andern Gläubigern, deren Forderung schon früher exigibel war, gleichsteht, nicht subhastiren können, aber lediglich aus dem Grunde, weil überhaupt ein handschriftlicher Gläubiger nicht subhastiren, sondern bloß seine Admission zum Passivstatus des Falliments betreiben darf — für den Hypothekargläubiger dagegen muß die Regel des Art. 1188 B. G. B. wieder gelten, da das Handelsgesetzbuch den Hypothekargläubigern überhaupt bis zur Ernennung des definitiven Syndiks gestattet, zur Befriedigung ihrer Forderungen das Subhastationsverfahren einzuleiten. (Bordeaux 22. August 1827. Sirey XXVIII, 2. 177).

Wenn nun hiernach auch der Hypothekargläubiger, dessen Forderung erst durch das Falliment fällig wurde, zur Subhastation der ihm verpfändeten Grundstücke berechtigt ist, so wird doch für ihn dasselbe gelten, was im vorigen Paragraphen für den andern Fall des Art. 1188 als Bedingung aufgestellt wurde, d. h. er muß vorab gegen den Syndik ein Urtheil erwirken, durch welches die Forderung für erfallen erklärt wird, denn sonst hat er keinen exekutorischen Titel für seine gegenwärtige Vollstreckung.

### III. Die Forderung muß liquide sein.

#### §. 39.

Eine Forderung ist dann als liquide zu betrachten, wenn nicht nur ihre Existenz sondern auch ihr Betrag gewiß ist, wobei sich immer noch der Fall denken läßt, daß der Betrag zwar gewiß, aber noch nicht in Gelde evaluirt ist; hiervon wird im §. 41 die Rede sein, da die Gesetze (Art. 2213 B. G. B., 551 B. P. O.) hierüber besondere Vorschriften enthalten.

#### §. 40.

Die Vorschrift, daß die Forderung liquide sein müsse, hat jedoch den Sinn, daß sie es dem Titel nach sein müße. Was hiermit gemeint sei, wird aus den nachstehenden Folgerungen des Princips klar werden:

1. Auf Grund eines Urtheils, welches zum Schadensersatz verurtheilt hat, ohne die Höhe desselben zu bestimmen (Art. 523 B. P. O.) ebenso wegen eines Urtheils, das die Erstattung von Früchten oder eine Rechnungslegung verordnet hat, kann eine Subhastation niemals eingeleitet werden, denn der Betrag der Forderung ist nach dem Titel selbst noch unbestimmt. (Duranton XXI, 44).
2. Ein Urtheil, welches in die Kosten kondemnirt hat, ist hinsichtlich der Kosten kein hinreichender Titel zur Immobilarexekution, wenn es nicht

die Festsetzung der Kosten enthält. Die von Lachaize tome II p. 183 ausgesprochene Ansicht, daß die auch nicht festgesetzte Kostenforderung, wenn nur ein Status der Kosten gegeben werde, so lange eine liquide Forderung sei, bis der Schuldner Taxe verlange, widerspricht allen Principien. Vielmehr kann die im Urtheil nicht festgesetzte Kostenforderung nur auf Grund eines Kostenexekutoriums durch Subhastation eingetrieben werden. Das Exekutorium ist übrigens auch für sich allein ein genügender Titel für die Subhastation. (Cass. Par. 27. Dec. 1820; Sirey XXI. 1. 141).

3. Enthält ein Urtheil Kondemnation für eine bestimmte Summe mit dem Zusatz: „abzüglich dessen, was bereits bezahlt sein möchte" so macht dieser Zusatz den Gegenstand der Verurtheilung nicht illiquide und es kann zur Immobilarvollstreckung geschritten werden, bevor unter den Parteien entschieden ist, wie viel noch verschuldet werde. (Cass. Paris 23. März 1825; Sirey XXVI. 1. 193).

4. Opponirt der Subhastat unter der Behauptung der theilweisen Tilgung der Forderung, durch Abschlagszahlungen, so wird hierdurch die Forderung nicht rückwärts illiquide in der Art, daß das Verfahren ungültig würde, wenn auch der Subhastat in dem auf die Opposition folgenden Rechtsstreit den Beweis der behaupteten Abschlagszahlungen beibrächte. — (Die Forderung ist ihrem Titel nach liquide und eine plus petitio schadet nicht zufolge Art. 2216.) Ebenso ist die Forderung aus einem authentischen Pachtvertrage, die sich auf Pachtrückstände bezieht, als eine liquide anzusehen, wenn auch die Parteien über den Betrag des bereits Gezahlten uneinig sein sollten.

## §. 41.

Wenn auch die Regel, nach welcher schon zur Einleitung des Verfahrens Liquidität der Forderung nöthig ist, als eine unbedingte und keine Ausnahme leidende bestehen bleibt, und wenn z. B. deßwegen eine Forderung, die nur auf ein genus (etwa auf ein Pferd) gerichtet ist, nicht zur Subhastation berechtigt, so gibt es doch Fälle, wo zwar die Forderung ihrem Betrage nach völlig gewiß und daher liquide ist, wo aber doch noch eine Evaluation in Gelde vorgenommen werden muß; dies tritt dann ein, wenn die Schuld in einer Quantität von Lebensmitteln oder andern Fungibilien besteht (Duranton XXI, 44.). Auf diese Fälle allein beziehen sich die Schlußsätze der Art. 2213 B. G. B. und 551 B. P. O. Beide Artikel lassen wegen einer solchen Forderung, weil sie liquide ist, die Beschlagnahme zu, aber in Bezug auf das weitere Verfahren besteht zwischen ihnen eine anscheinende Antinomie.

Der Art. 2213 B. G. B. lautet nämlich: . . . . **si la dette est en espèces non liquidées la poursuite est valable, mais l'adjudication ne pourra être faite, qu'après la liquidation,** wogegen der Art. 551 B. P. O. sich so

ausdrückt: . . . . si la dette exigible n'est pas d'une somme en argent, il sera sursis apres la saisie, a toutes poursuites ultérieures, jusqu'a ce que l'appréciation en ait été faite. Während also der erste Artikel anscheinend das ganze Verfahren, auch ohne Evaluirung in Gelde, für gültig erklärt und nur den Zuschlag verbietet, befiehlt dagegen der zweite Artikel sofort nach der Beschlagnahme mit allen weitern Schritten inne zu halten, bis die Abschätzung in Gelde geschehen sei. Beide Gesetzesstellen haben offenbar denselben Fall im Auge, denn wenn Art. 2213 B. G. B. von einer dette en espèces non liquidées spricht, so hat er damit gewiß nicht eine illiquide Forderung im Auge, denn sonst hätte er von einer dette non liquide gesprochen, sondern eine zwar liquide, aber noch nicht in Geld ausgedrückte Forderung. Es läßt sich daher nicht läugnen, daß zwischen den Worten beider Gesetzesstellen ein Widerspruch besteht.

Diesen Widerspruch hat Delaporte nicht anders zu heben gewußt, als daß er den Art. 551 B. P. O. blos auf die Mobilar-, den Art. 2213 B. G. B. dagegen auf die Immobilarexekution bezieht (Delaporte II, p. 140.). Die Auslegung von Delaporte, obgleich sanktionirt durch ein Urtheil Bordeaux 8. Februar 1817, Sirey XVII, p. 20, ist jedoch offenbar eine verfehlte, denn der Art. 551 cit. steht in dem Titel, welcher die Ueberschrift trägt: „Regles generales sur l'execution forcée des jugemens et actes“ und bezieht sich überdies in seinem Eingang mit ausdrücklichen Worten auf beide Vollstreckungsarten. Grenier läßt die Frage unentschieden (Grenier II, 482.). Andere dagegen (z. B. Favard II, p. 481. — Thomine Demazure N°. 607. — Boitard ad art. 551. — Duranton XXI, N°. 41.) gehen von der Ansicht aus, daß der Art. 2213 aus dem Art. 551 B. P. O. zu erklären sei, und daß die Worte des erstern „la poursuite est valable“ nur von dem Verfahren bis zur Beschlagnahme einschließlich verstanden werden dürften (vgl. dagegen Persil fils comm. I, N°. 50.). Letzteres ist offenbar das Richtige, denn abgesehen davon, daß der Artikel der bürgerlichen Prozeßordnung das spätere Gesetz ist, ist nicht zu vergessen, daß zu der Zeit, als der Art. 2213 des bürgerlichen Gesetzbuchs emanirt wurde, das Gesetz vom 11. Brumaire J. VII noch in Kraft war, welches zwischen der saisie und dem Zwangsverkauf keinen Zwischenakt kannte, woraus sich die abweichende Fassung der beiden fraglichen Artikel genügend erklärt, ohne daß man eine wirkliche Antinomie anzunehmen brauchte.

Uebrigens gehört zu der vor der Abschätzung in Gelde gestatteten Beschlagnahme auch die Zustellung derselben an den Subhastaten, was unter der Herrschaft der Subh.-Ord. um so mehr gelten muß, da ihr §. 6 sagt: „Diese Zustellung dient als förmliche Beschlagnahme.“

Will der Gläubiger das Verfahren nach der Beschlagnahme fortsetzen, so muß vorab die Evaluation der Forderung erfolgen. Handelt es sich von Fungibilien, die einen Marktpreis haben, so kann die Schätzung durch den

Gläubiger selbst geschehen (cass. Paris 25. Mai 1807, Sirey VII. 2. 747—748); hat dagegen der Gegenstand der Forderung keinen Marktpreis, so wird doch der Gläubiger auf jede zweckmäßige Weise, z. B. durch Sachverständige, die Evaluation der Forderung vornehmen lassen können, vorausgesetzt, daß er nur vor jedem weitern Schritt den Subhastaten officiell mit der Abschätzung der Forderung bekannt macht. Letzterer hat natürlich das Recht, entweder sofort oder im Wege der Opposition im Licitationstermine eine Herabsetzung der Schätzungssumme zu verlangen; aber selbst dann, wenn er mit diesem Verlangen durchdringt, wird doch, arg. Art. 2216 B. G. B., die Gültigkeit des Verfahrens überhaupt dadurch keinen Abbruch leiden. Die Ansicht von Lachaize dagegen, daß dann, wenn der Gegenstand der Forderung keine Marktpreise habe, die Evaluation nur durch ein Urtheil erfolgen könne (cf. Lachaize I. p. 183.), beruht auf einer Verwechselung, denn die Beispiele, welche er anführt, sind solche, wo gar keine Liquidität vorhanden ist, z. B. wenn die Forderung auf nicht festgestellten Schadensersatz oder Früchteerstattung geht. Von diesen Fällen ist offenbar der Fall principiell verschieden, wo die Schuld in einem genau angegebenen Quantum einer Fruchtart oder andern fungiblen Sache besteht, die, weil sie in der betreffenden Gegend nicht im regelmäßigen Verkehr vorkommt, keine Marktpreise hat.

# Capitel III.

## Von den Requisiten des Forderungstitels.

### §. 42.

Das Fundamentalgesetz ist hier, daß jede Subhastation ebenso wie auch die Mobilarvollstreckung nur auf Grund eines authentischen und exekutorischen Titels geschehen kann, (Art. 2213 B. G. B. 551 B. P. O.), während bei dem Drittarrest ein Privattitel aus dem einfachen Grunde genügt, weil die Wirkung desselben erst dann eintritt, wenn ihn nach vorausgegangener Klage ein Urtheil für gültig erklärt hat. Wo indessen in der ersten Einleitung des Verfahrens schon ein Anfang der Vollstreckung liegt, wie z. B. in der Beschlagnahme von Immobilien, da ist ein exekutorischer Titel nöthig und zwar ein solcher, der mit der exekutorischen Formel, d. h. mit dem Befehl des Souverains an die betreffenden Beamten und Behörden versehen ist, den Inhalt des Titels zu vollstrecken, denn es würde eine Schmälerung der Attribute der exekutiven Staatsgewalt sein, wenn der Gläubiger die Beihülfe der betreffenden Beamten zu einer Vollstreckung beanspruchen könnte, ohne daß denselben ein im Namen der Staatsgewalt erlassener Befehl vorgezeigt würde. Zwar kennen alle Gesetzgebungen das Princip, wonach jede Vollstreckung von der Staatsgewalt ausgehen muß; aber kaum wird sich irgendwo dieses Princip in so reiner Form ausgedrückt finden, als in der exekutorischen Klausel unseres Rechts.

### §. 43.

Der im vorigen Paragraphen aufgestellte Satz ist so strenge zu nehmen, daß eine Subhastation, welche sich nicht auf einen authentischen und exekutorischen Titel gründet, auch dann nicht bestehen bleiben kann, wenn der Schuldner selbst die Obligation anerkennt, d. h. letzterer braucht sich in diesem Falle gar nicht darüber auszulassen, ob er die Schuld anerkennt oder nicht, ja selbst wenn er sie bereits anerkannt hat, kann er doch ohne Weiters die Vernichtung des Verfahrens verlangen. Die Parteien können sich allerdings über den Verkauf der Güter des Schuldners einigen, wie sie wollen; aber dann ist der Verkauf immer nur ein freiwilliger; die Uebereinkunft der Parteien kann nie für die zur Subhastation mitwirkenden Beamten den zu einer jeden Zwangsvollstreckung erforderlichen von dem Souverain emanirenden Befehl suppliren; deßwegen muß der Friedensrichter jeden Antrag auf

Erlassung einer Beschlagnahmeverfügung, der nicht auf einen exekutorischen Titel sich gründet, zurückweisen, sollten selbst (freilich ein vielleicht niemals vorkommender Fall) Gläubiger und Schuldner gemeinschaftlich auf Subhastation antragen.

Dagegen ist es nicht nöthig, daß der Titel inscribirt oder auch nur überhaupt zur Begründung einer Hypothek geeignet sei. (eine nothwendige Folge aus dem Grundsatz, daß auch der Chirographargläubiger zur Subhastation berechtigt ist. cf. supra §. 1.)

## §. 44.

Es giebt dreierlei Arten von authentischen und exekutorischen Titeln: 1) Urtheile und Kostenerekutorien, 2) Verträge in exekutorischer Form 3) Beschlüsse von Verwaltungsbehörden.

## Abschnitt I. Von den Urtheilen.

### I. Von den Urtheilen überhaupt.

## §. 45.

Dieselben müssen, um als Titel der Subhastation dienen zu können, mit der bekannten exekutorischen Formel versehen sein, (Art. 146 — 545 B. P. O., Art. 25 loi 25 Ventôse XI. 28 Floreal XII.) und in ihrer von dem Sekretariat des betreffenden Gerichts ertheilten Hauptausfertigung (grosse) dem Verfahren zum Grunde gelegt werden.

Weil das Gesetz nur die Hauptausfertigung dem Original gleichstellt und nur ihr die exekutorische Kraft beilegt, kann keine andere Kopie des Urtheils zur Vollstreckung dienen. Man sollte meinen, daß dieser Satz gar nicht zu bestreiten sei; nichts desto weniger hat in Frankreich mehrfach die Ansicht sich geltend gemacht, daß eine Partei die Befugniß habe, auf Grund einer Kopie zu saisiren, welche ihrem Anwalt von Seiten des Anwalts einer andern Partei, die im Prozeß dasselbe Interesse hatte, zugestellt worden ist, wenn das Gericht durch einen Beschluß erlaubt, auf Grund der Kopie zu vollstrecken. Namentlich ist dieser Gebrauch durch ein Urtheil des Appellhofs zu Toulouse vom 17. Dezember 1829, (Sirey XXX. 2. 104) sanktionirt worden, bei welchem Gerichtshof vielfach in diesem Sinne verfahren werden soll. Auch hat der Cassationshof zu Paris einmal am 14. Juli 1830 (Sirey XXXI. 1. 246) erkannt, daß ein Urtheil, welches in einer seiner Dispositionen seine eigene Vollstreckung auf Grund der von Anwalt zu Anwalt zuzustellenden Kopie erlaubt, in dieser Beziehung der Cassation nicht unterliege, wenn auch die erwähnte Disposition als eine unregelmäßige getadelt werden müsse. In einem im Journal des Av. tôme XXXIV. p. 251 angeführten Falle hatte sogar der Präsident eines Gerichts erster Instanz eine mit der exekutorischen Formel versehene Ordonnanz erlassen, welche

die Vollstreckung auf Grund einer von Anwalt zu Anwalt mitgetheilten Kopie eines von einem andern Gericht erlassenen Urtheils verfügte.

Jedoch haben sich gegen ein solches Verfahren mit Recht erklärt: Carles in einer Konsultation, die sich findet im Journal des Av. XXXVIII. p. 203 und Persil fils comm. I. N°. 45. Berriat ad art. 545 note 4 attestirt zwar, daß es früher Gebrauch gewesen wäre, auf Grund einer Kopie die Vollstreckung zu gestatten; indessen kann dieser Gebrauch jetzt nicht mehr anerkannt werden, was auch Berriat keineswegs bestreitet.

Damit von einer Vollstreckung die Rede sein könne, muß das Gericht selbst, welches das Urtheil erlassen hat, im Namen der Exekutivgewalt des Staates, gleichsam gegenwärtig den Befehl zur Vollstreckung ertheilen und da nur der Gerichtsschreiber in der von ihm ertheilten Hauptausfertigung (grosse) die Minute repräsentiren kann, so kann auch nur die mit der exekutorischen Klausel versehene Hauptausfertigung das Gericht als die Vollstreckung befehlend gleichsam vergegenwärtigen, und keiner andern Kopie darf daher exekutorische Wirkung beigelegt werden. Die durch den Gerichtsvollzieher (oder Anwalt) beglaubigte und zugestellte Abschrift ist nicht von der Urschrift genommen und kann daher auch nicht den Inhalt der Urschrift attestiren. Die Zustellung ist vielmehr nur nöthig, um die Fristen der etwa gegen das Urtheil noch zustehenden Rechtsmittel laufen zu machen, und um dem Art. 147 B. P. O. zu genügen, welcher bestimmt, daß ein Urtheil, welches eine Kondemnation enthält, erst vollstreckt werden darf, nachdem es dem Anwalt und der Partei zugestellt ist. Das Ministerium des Gerichtsvollziehers besteht nur eben in der Zustellung und das Gesetz legt seinem Akt keine andere Wirkung bei als die, die geschehene Zustellung zu konstatiren; die in dem Akt enthaltene Abschrift ist nur enunciativ und wollte man ihr eine größere Bedeutung beilegen, so müßte man dem Gerichtsvollzieher die Befugniß zuerkennen, die Uebereinstimmung der Hauptausfertigung mit der Urschrift zu konstatiren, was doch widersinnig wäre, da er nicht gesetzlicher Verwahrer der Urschrift ist.

Hat aber hiernach die zugestellte Kopie in Bezug auf die Vollstreckung gar keine Bedeutung, so kann ihr eine solche Bedeutung auch durch richterliche Ordonnanz, zu welcher die Gegenpartei nicht einmal gerufen wird, nicht gegeben werden und wenn nun gar, wie es durch den erwähnten bisweilen vorkommenden Usus geschieht, einem andern Gericht, welches das Urtheil nicht erlassen hat, oder dem Präsidenten desselben das Recht gegeben wird, die Kopie vollstreckbar zu erklären, so räumt man damit dem einen Gericht, oder was noch schlimmer ist, seinem Präsidenten, das Recht ein, die Vollstreckung des Urtheils eines andern Gerichts desselben Staates zu befehlen, während doch der Art. 547 B. P. O. kein „visa" oder „pareatis" mehr gestattet.

Die Entstehung des besprochenen Gerichtsgebrauchs ist übrigens ledig-

lich in der irrigen, auch von Pigeau und Demiau (Pigeau II. 47. Demiau I. p. 125) getheilten Ansicht zu suchen, daß das Sekretariat nie mehr als eine exekutorische Ausfertigung eines Urtheils geben dürfe, möchten auch mehre Parteien mit verschiedenen Interessen vorhanden sein. Unter dieser Voraussetzung wären allerdings diejenigen gewinnenden Parteien, welche keine solche Ausfertigung erhalten haben, übel dran, wenn sie nicht auf Grund der ihnen oder ihren Anwälten zugestellten Kopien exequiren könnten und der Gebrauch erschiene wenigstens von der praktischen Seite, als ein gerechtfertigter. Indessen das Gesetz verbietet nur dem Gerichtsschreiber, derselben Partei eine zweite exekutorische Ausfertigung zu ertheilen (Art. 854 B. P. O.) und deßwegen nehmen auch Thomine Dem. N°. 163. Boitard I. p. 215 und Favard III. p. 181 N°. 7 mit Recht an, daß allen Parteien im Processe, welche verschiedenes Interesse haben, auf Verlangen eine exekutorische Ausfertigung gegeben werden muß und so fallen sagar die praktischen Gründe weg, welche man zur Empfehlung des in diesem Paragraphen gemißbilligten Gerichtsgebrauchs anführen könnte.

## §. 46.

Wenn aber auf der einen Seite nur die vom Gerichtsschreiber ertheilte mit der exekutorischen Klausel versehene Hauptausfertigung des Urtheils dem Subhastationsverfahren zur Grundlage zu dienen vermag, so vermag sie dies auf der andern Seite nur dann, wenn sie von diesem Beamten innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse ertheilt worden ist. Hätte daher z. B. der Gerichtsschreiber eine zweite exekutorische Ausfertigung derselben Partei gegeben, ohne daß das im Art. 854 B. P.O. vorgeschriebene Verfahren beobachtet worden wäre, so würde eine so ertheilte Ausfertigung kein gültiger Titel zur Subhastation sein (Metz 6. Febr. 1819. Dalloz XX. 510. Cass. Par. 23. August 1826. Sirey XXVII. 1. 193.)

## §. 47.

Daß den Urtheilen die Kostenexekutorien gleichstehen, und daß letztere auch für sich allein einen Titel zur Subhastation darstellen, ist bereits oben §. 40 N°. 2 gesagt worden, worauf in dieser Beziehung lediglich verwiesen wird.

## §. 48.

Nachdem die vorigen Paragraphen die Frage beantwortet haben, in welcher Form die Urtheile einen Titel zur Subhastation darstellen, handelt es sich jetzt von der Frage, welche Urtheile durch Subhastation vollstreckt werden können.

Als Regel gilt hier, daß jedes Urtheil, welches eine Kondemnation enthält, an sich ein gültiger Titel zur Subhastation ist, einerlei ob noch ein Rechtsmittel dagegen existirt oder nicht, also Urtheile erster und letzter In-

stanz, der Friedensgerichte, Landgerichte, Handelsgerichte und des Appellhofes, auch Kontumacialurtheile gegen Anwalt oder Partei, letztere jedoch nur innerhalb der ersten 6 Monate ihrer Obtention (Art. 156 B. P. O.), es sei denn, daß noch in den ersten 6 Monaten irgend ein Vollstreckungsakt im Sinne des Art. 159 B. P. O. vorgekommen, oder auch nur bei vergeblich versuchter Mobilarpfändung ein Karenzakt aufgenommen ist, wo dann die Peremtion des Urtheils nicht weiter eintritt. (II. Senat 23. Februar 1838. Arch. 27. 1. 3.)

Dagegen versteht es sich von selbst, einestheils, daß auch bei der Vollstreckung durch Subhastation die Bestimmungen der Proceßordnung über Exekution überhaupt gelten, anderntheils, daß, sobald ein suspensives Rechtsmittel, Berufung oder Opposition (nicht aber Kassationsrekurs oder requête civile) eingelegt wird, mit dem etwa bereits begonnenen Verfahren inne zu halten ist und daß auf den Grund eines bereits angegriffenen Urtheils kein Verfahren eingeleitet werden kann, bis die Berufung oder Opposition aus dem Wege geräumt ist. Legt daher der Subhastat nur einen formell gültigen Appellakt vor, so muß die Subhastation für nichtig erklärt werden, wenn der Gegner nicht ein die Berufung verwerfendes Urtheil beibringen kann. (I. Senat 24. Juli 1827. Arch. 11. 1. 58).

Alles bisher gesagte paßt im Allgemeinen auch auf jede andere Exekutionsart; deßwegen konnten die obigen allgemeinen Andeutungen genügen. Da aber der Art. 2215 B. G. B. für unser Verfahren etwas Besonderes einführt, so soll dieser Artikel im folgenden Paragraphen eine nähere Erläuterung erhalten.

## §. 49.

Während eine Mobilarexekution aus provisorisch vollstreckbaren Urtheilen ungeachtet der eingelegten Opposition oder Appell bis zu Ende geführt werden darf, bestimmt Art. 2215 al. 1: „La poursuite peut avoir lieu en vertu d'un jugement provisoire ou definitif executoire par provision non obstant appel, mais l'adjudication ne peut se faire, qu'après un jugement definitif en dernier ressort ou passé en force de chose jugée“.

Hiernach kann also auf Grund eines solchen der Appell ungeachtet provisorisch vollstreckbaren Urtheils, der Zuschlag erst dann erfolgen, wenn entweder eine etwa eingelegte Berufung verworfen ist oder wenn dasselbe durch Verzicht auf die Berufung oder auch durch bloßen Ablauf der 3monatlichen Berufungsfrist rechtskräftig geworden ist, (Cass. 7. August 1811. Sirey XI. 1. 342. Pigeau II. 192). — Der Art. 2215 spricht allerdings nur von den ungeachtet Appell provisorisch vollstreckbaren Urtheilen, ist aber gewiß wegen Gleichheit des Grundes auf die ungeachtet Opposition vollstreckbaren Urtheile auszudehnen, so daß auch hier der Zuschlag erst nach Beseitigung der Opposition erfolgen darf; ebenso muß auch der Artikel, obgleich

er nur die provisorisch vollstreckbaren Urtheile erwähnt, doch nach dem Argument a majore ad minus, auf alle Urtheile ausgedehnt werden, worauf übrigens auch die Fassung seiner Schlußworte hindeutet. Während also bei der Mobilarexekution die Vollendung derselben nur durch wirkliche Einlegung der Appell verhindert wird, kann bei der Immobilarexekution der Zuschlag nicht erfolgen, wenn das Urtheil überhaupt nur noch durch die Berufung angreifbar ist, d. h. wenn die Berufungsfrist noch nicht abgelaufen ist. So wurde mit Recht erkannt, daß eine Licitation nichtig sei, wenn das Subhastationsverfahren nur auf Grund eines Urtheils betrieben wurde, welches, obwohl gegen einen Minderjährigen erwirkt, doch dem Nebenvormund nicht zugestellt und daher zufolge Art. 444 B. P. O. noch nicht rechtskräftig geworden war. (I. Senat 10. April 1833. Arch. 18. 1. 312).

## §. 50.

Für die Defauturtheile bestimmt Art. 2215 al. 2. „la poursuite ne peut séxercer en vertu de jugement rendu par defaut durant le delai d'opposition", von welcher Bestimmung jedoch schon von vorneherein diejenigen defaut-Urtheile, welche provisorisch vollstreckbar sind, ausgenommen werden müssen, indem wegen solcher Urtheile sofort mit dem Verfahren begonnen werden kann und nur in Betreff des Zuschlages nach Art. 2215 al. 1 zu verfahren ist.

Auch in Betreff der nicht provisorisch vollstreckbaren Kontumacialurtheile ist der Artikel nicht wörtlich zu nehmen, weil man sonst kraft des gegen eine Partei ohne Anwalt erwirkten Kontumacialurtheils niemals das Verfahren einleiten könnte, da für eine solche Partei die Oppositionsfrist bis zur Vollstreckung läuft, (Art. 158 B. P. O. Art. 643 H. G. B.)

Daß der Gesetzgeber nicht eine solche widersinnige Absicht gehabt haben könne, geht auch ganz deutlich aus dem spätern Gesetz, nämlich aus der Proceßordnung und besonders aus den Art. 159 und 162 hervor, denn in diesen Artikeln wird nnter andern bestimmt, daß die Oppositionsfrist für die durch keinen Anwalt vertretene Partei bis zur Zustellung der Immobilarbeschlagnahme laufen solle — also kann der Gläubiger subhastiren, obgleich der Schuldner noch in der Oppositionsfrist ist! Der Art. 2215 al. 2 bestimmt vielmehr weiter Nichts, als daß die Subhastation nicht vor Ablauf von 8 Tagen nach der Zustellung des Urtheils an die Partei begonnen werden dürfe, was später durch den Art. 155 B. P. O. allgemein gültiges Recht für alle Exekutionen geworden ist. (Merlin repert. V°. saisie immobilière §. 5 N°. 3. Duranton XXI. 46. Pigeau I. 192. II. p. 203 N°. 2. Persil père Quest. II. p. 258. — Persil fils comm. I. N°. 55. — Grenier II. 484).

## II. Von den Urtheilen altländischer Gerichte.

### §. 51.

Diese Urtheile sind nicht als von ausländischen Gerichten ausgegangen anzusehen, sondern, da sie von den Gerichten desselben Staates erlassen sind, auch in der Rheinprovinz vollstreckbar. Nur sind sie dies nicht ohne Weiteres, weil nach der Rheinischen Gerichtsverfassung kein Urtheil vollzogen werden kann, das nicht mit der exekutorischen Formel versehen ist, welche bekanntlich in den alten Provinzen nicht in Gebrauch ist. Aus diesem Grunde, aber auch allein aus diesem Grunde müssen die Rheinischen Gerichte die altländischen Urtheile mit der exekutorischen Klausel versehen, wenn sie in der Rheinprovinz vollstreckt werden sollen. Hieraus erklärt es sich auch, warum diese Urtheile nicht in der öffentlichen Sitzung, sondern in der Rathskammer des Landgerichts ohne Vorladung der Gegenpartei vollstreckbar erklärt werden, warum die Gründe des zu exequirenden Urtheils, die bekanntlich in den alten Provinzen keineswegs immer zugleich mit dem Dispositiv ausgefertigt werden, nicht nothwendiger Weise mit vorzulegen sind und es ergiebt sich als nothwendige Folge des bis jetzt Aufgestellten, daß von einer Prüfung der Sache niemals oder doch nur in sofern die Rede sein darf, als die Vollstreckung des altländischen Urtheils nach den Principien des Rheinischen Rechts der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufen würde. Die hier einschläglichen Verordnungen sind folgende: Verordnung der Immediat-Justizkommission vom 30. Juni 1817. — Ministerialrescripte vom 25. Juli 1831 und 26. Dezember 1834. (Lottners Sammlung I. S. 463. III. S. 383). Das Verfahren ist nach einer Instruktion des Generalprokurators zu Köln vom 23. August 1834, (Lottner IV. S. 141) folgendes: Der Gläubiger, welcher in der Rheinprovinz auf Grund eines altländischen Urtheils exequiren will, läßt sich von dem dortigen Gericht unter dessen Siegel und Unterschrift eine Ausfertigung (ohne Gründe) mit dem Attest der eingetretenen Rechtskraft und Vollziehbarkeit ertheilen; die Ausfertigung reicht er bei dem Landgericht ein, in dessen Bezirk die Vollstreckung vor sich gehen soll, worauf die Rathskammer nach dem Antrage des Oeffentl. Ministeriums das Nöthige verfügt. Sind diese Vorschriften erfüllt, so gilt im Uebrigen von den so für exekutorisch erklärten Urtheilen dasselbe, was auch von den Urtheilen Rheinischer Gerichte gilt. So wird z. B. in keinem Fall das betreffende Landgericht auf eine durch Gerichtsvollzieherakt beglaubigte und mitgetheilte Kopie des altländischen Urtheils die Vollstreckung erlauben dürfen (Vgl. oben §. 45). Kurz, abgesehen von den angeführten Modifikationen hinsichtlich der Form der Vollstreckung, stehen die Urtheile der altländischen Gerichte denen der Rheinischen Gerichte ganz gleich, während es sich mit den im Auslande gefällten Urtheilen anders verhält.

## III. Von den Urtheilen ausländischer Gerichte.

### §. 52.

Der Art. 2123 B. G. B. lautet: L'hypothèque ne peut pareillement resulter des jugemens rendus en pays etranger, qu'autant, qu'ils out été declarés executoires par un tribunal francais . . . . und der Art. 546 B. P. O. bestimmt, daß die Urtheile ausländischer Gerichte im Inlande nur in so weit der Vollstreckung fähig sein sollen, als der Art. 2123 dies zuläßt. — Also die Frage, in wiefern ausländische Urtheile durch Subhastation zu vollstrecken sind, fällt mit der Frage zusammen, in wiefern sie eine Hypothek begründen können, was sich übrigens auch schon von selbst versteht.

Darüber, wie die Urtheile für exekutorisch zu erklären seien, um im Inlande zur Exekution zu berechtigen, sagt der Art. 2123 nichts und dieser Artikel muß daher aus dem frühern Gesetz, nämlich aus dem Art. 121 der Ordonnanz von 1629 und aus den in der Natur der Sache liegenden Principien erklärt werden. Der Art. 121 der Ordonnanz, dessen Anwendbarkeit noch heut zu Tage allgemein anerkannt wird, lautet:

> „Les jugemens rendus . . . . en royaumes ou souverainetés etrangers, pour quelque cause, que ce soit, n'auront aucune execution en nôtre royaume . . . . et non obstant les jugemens, nos sujets, contre lesquel ils auront été rendus *pourront de nouveau debattre leurs droits comme entiers* par devant nos officiers."

Soviel ergibt sich also jedenfalls schon aus dem Wortlaut dieser Stelle, daß ein jedes auswärtige Urtheil, selbst ein handelsgerichtliches, (cf. Grenier I, 209. — Toullier X, 81. — Merlin Quest. V$^{o}$. jugement §. 14. — Cass. Par. 18. Pluv. XII.) gegen den Inländer nur nach vorgenommener Revision des fonds der Sache exequirt werden kann und daß ein inländisches Gericht nicht ein bloßes pareatis ertheilen darf. (cf. Sirey XX. 2. 312. — Dalloz XIV. p. 247.)

Dies ist auch allgemein angenommen, wie es ebenfalls von keiner Seite bestritten wird, daß das ausländische Urtheil dann niemals für exekutorisch erklärt werden darf, wenn es inländischen gesetzlichen Bestimmungen, die der öffentlichen Ordnung angehören, widerspricht. (Fälle dieser Art finden sich bei Sirey Cass. Par. 14. Juli 1825. Sirey XXVI. 1. 378. — Grénoble 9. Januar 1826. Sirey XXVII. 2. 27.)

Dagegen wird von vielen Seiten, hauptsächlich deßwegen, weil der Schluß des Art. 121 der Ordonnanz nur den kondemnirten Franzosen überdies noch ausdrücklich das Recht ertheilt, eine neue Debattirung zu verlangen, die Ansicht aufgestellt, daß das inländische Gericht die gegen einen Ausländer ergangene Kondemnation auswärtiger Gerichte nicht kontradiktorisch zu prüfen, sondern ohne Weiteres mit der exekutorischen Klausel zu versehen habe (cf. Malleville anal. rais. sur l'art. 2123. — Berriat requ.

civ. §. 2. — Persil fils comm. ad art. 2123. — Duranton XIX. 342. — Pigeau II. part 5, tit. 3 princ. und ein daselbst angeführtes Urtheil Cass. Par. 7. Januar 1806. — I. Senat. 10. Januar 1825. Arch. 6. 1. 189—196.). Obgleich hiernach die beschränkende Auslegung des Art. 2123 wie man sieht allerdings bedeutende Autoritäten für sich hat, so ist doch die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher jedes auswärtige Urtheil nur nach neuer kontradiktorischer Verhandlung des fonds der Sache exekutorisch zu erklären ist, bei weitem die herrschende. Dieses Princip hat zuerst ein Urtheil des Cassationshofes zu Paris vom 19. April 1819, angeführt bei Sirey XVI. 1. 369, in solenner Weise sanktionirt. Der Fall war folgender: Ein Amerikaner war von dem Gericht seines Domicils in Amerika zur Zahlung einer bedeutenden Geldsumme an einen Franzosen verurtheilt, und da er Grundeigenthum in Paris besaß, so erklärte das Civiltribunal der Seine das amerikanische Urtheil auf Anstehen des Franzosen ohne Weiteres für exekutorisch, ohne eine kontradiktorische Verhandlung über den Fond der Sache zu verordnen; hiergegen Appell von Seiten des Amerikaners, welche von dem Appellhof zu Paris durch Urtheil vom 27. August 1816 angenommen wurde, indem der Hof erkannte, daß auf das Verlangen des Appellanten eine vollständige neue Verhandlung der Sache vor den französischen Gerichten stattfinden müsse, bevor von einer Exekution des amerikanischen Urtheils in Frankreich die Rede sein könne. Der hiergegen eingelegte Cassationsrekurs wurde verworfen und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

> „Nach der Ordonnanz von 1629 sei die Nichtvollstreckung auswärtiger Urtheile die Regel und Art. 2123 B. G. B. berechtige zu keiner Vollstreckbarkeitserklärung ohne Prüfung der Sache — sodann unterscheide der Art. 2123 nicht zwischen den verschiedenen Urtheilen auswärtiger Gerichte und da es unzweifelhaft feststehe, daß solche Urtheile, wenn sie die Kondemnation eines Franzosen enthielten, nur après connaissance de cause vollstreckbar erklärt werden dürften, so würde eine willkürliche Distinktion in den Art. 2123 hereingebracht werden, wenn man in Bezug auf die Urtheile, welche die Kondemnation eines Ausländers enthielten, das Gegentheil annehmen wollte."

In der That wird auch die in dem Urtheil des Cassationshofes angenommene Ansicht durch viele inneren Gründe unterstützt: man bedenke nur, daß die Vollstreckung der Urtheile unläugbar ein Ausfluß der Exekutivgewalt des Staates ist, und daß sich diese Exekutivgewalt nach allen Principien des Völkerrechts nicht über die Grenzen des Staatsgebiets hinaus erstrecken kann; wollte man daher inländische Gerichte verpflichten, Urtheile des Auslandes unter gewissen Bedingungen ohne Prüfung der Sache exekutorisch zu erklären, so würde man hierdurch in Wahrheit der Staatsgewalt des fremden Staates die Befugniß einräumen, die Vollstreckung der Urtheile seiner Gerichte auch außerhalb des Staatsgebietes zu befehlen.

Eine weitere Entwickelung aller der vielen Gründe, die sich noch zur Unterstützung des Urtheils des Cassationshofes anführen lassen, würde hier zu weit führen; es werde nur bemerkt, daß die Ansicht desselben jetzt auch fast allgemein von der Jurisprudenz getheilt wird. (Grenier I. 208. — Toullier X. N°. 81. — Carré proc. civ. Quest. 1899. — Troplong hyp. N°. 451—453. — Favard II. p. 473. — Merlin Qu. V° jugement §. 14. — Persil reg. hyp. ad art. 2123 N°. 19 und viele von diesen Schriftstellern citirte Urtheile.)

§. 53.

Wenn nach dem vorigen Paragraphen als ausnahmslose Regel aufgestellt werden muß, daß alle Urtheile ausländischer Gerichte nur nach einer neuen kontradiktorischen Verhandlung exekutorisch erklärt werden dürfen, so folgt daraus auch, daß dies nur im gewöhnlichen Proceßwege, also auf eine förmliche Klage mit Vorladung und unter Beobachtung des Instanzenzuges geschehen kann, denn in Bezug auf die Vollstreckung im Inlande gilt das ausländische Urtheil nicht als Urtheil, wenn ihm auch, und namentlich in Bezug auf alle Feststellungen, welche sich auf Faktisches beziehen, die größte Berücksichtigung zu Theil werden wird; es muß vielmehr erst nach vollständiger Verhandlung der Sache das Urtheil eines inländischen Gerichts erwirkt werden, was natürlich erst dann erkennen kann, wenn es im Wege der gewöhnlichen Klage mit der Sache befaßt ist. Ueber die Vollstreckung dieses Urtheils gilt dann dasselbe, was von der Vollstreckung jedes andern Urtheils gesagt worden ist; so wird z. B. eine eingelegte Appell die Vollstreckung hemmen; auch wird der Art. 2215 B. G. B. anwendbar sein.

§. 54.

Was die Frage betrifft, bei welchem Gericht die Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung anzustellen sei, so verhält es sich hier anders als mit der Vollstreckbarkeitserklärung altländischer Urtheile; während es sich dort blos davon handelte, die Form des Exekutionstitels mit dem Rheinischen Verfahren in Einklang zu bringen und deswegen ein auf einseitiges Gesuch zu erlassender Rathskammerbeschluß mit Recht stets für genügend erachtet wurde, liegt hier dagegen in Wahrheit eine die Instanz erst einführende Klage vor und deswegen müssen die gewöhnlichen Grundsätze über die materielle Kompetenz der Gerichte entscheiden. Bezieht sich z. B. das auswärtige Urtheil auf eine Handelssache, so gehört die Klage vor das Handelsgericht, was auch nicht dem Art. 553 B. P. O. widerspricht, denn es handelt sich noch nicht von der Vollstreckung selbst, sondern von einem erst beginnenden Proceß und eventuell höchstens von der Apposition der exekutorischen Formel, welche ja die Handelsgerichte auch ihren eigenen Urtheilen hinzufügen. (Monpellier, 8. März 1822.)

Wenn nun aber auch die Beurtheilung der materiellen Kompetenz der betreffenden Gerichte keine Schwierigkeit macht, so ist die Beantwortung der Frage, vor welches der materiell kompetenten Gerichte in specie die Klage gehöre, etwas schwieriger: doch wird eine Unterscheidung helfen:

1) Ist der Kondemnirte ein Inländer, so muß die Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung des fremden Urtheils in der Regel bei dem kompetenten Gericht seines Domicils angestellt werden;

2) Ist der Kondemnirte ein Ausländer, so kann zweierlei der Fall sein:

a) Der Kläger ist ein Inländer; dieser kann nach Art. 14 B. G. B. die Klage bei jedem inländischen Gericht nach seiner Wahl anstellen; dem wird auch in Bezug auf Einwohner deutscher Bundesstaaten das Gesetz vom 2. Mai 1823 (Lottner II. S. 366.) und das Justizministerialrescript vom 17. Oktober 1823 (Lottner II. S. 411 ff.) nicht entgegenstehen, denn untergebens hat die Klage für die Person des Verklagten nur die Bedeutung, die Exekution einer von seinem persönlichen Richter bereits ausgesprochenen Kondemnation in der Rheinprovinz zu ermöglichen.

b) Wenn dagegen der Kläger ebenfalls ein Ausländer ist, so wird er bei dem Gericht klagen können, in dessen Bezirk die zu subhastirenden Immobilien liegen, denn wenn auch die Gerichte in der Regel nicht über Streitigkeiten zwischen Ausländern erkennen, so sind sie hierzu doch dann ausnahmsweise befugt, wenn sich die Klage direkt oder indirekt auf Vermögensobjekte bezieht, die sich in ihrem Bezirk befinden.

## §. 55.

Alles bisher in den §§. 52 bis 54 Gesagte gilt natürlich auch in vollem Maaße von der Vollstreckung durch Subhastation, und zwar noch viel mehr, denn hierbei kommen im Inlande gelegene Immobilien in Betracht, deren Zwangsverkauf nur auf Grund inländischer Urtheile zu gestatten, der Staat noch ein besonderes Interesse hat. (Persil reg. hyp. ad art. 2123 N°. 19.)

Will daher ein Gläubiger auf Grund eines ausländischen Urtheils in der Rheinprovinz subhastiren, so muß er stets vorab nach den in den §§. 53 bis 54 angegebenen Regeln bei dem kompetenten Gericht eine förmliche Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung anstellen. Vorher wird er selbst nicht einmal einen zur Subhastation gültigen Zahlungsbefehl erlassen können, da der Zahlungsbefehl bei Strafe der Nichtigkeit eine Abschrift des exekutorischen Titels enthalten muß und als exekutorischer Titel nur das inländische Urtheil betrachtet werden kann.

Von der aufgestellten Regel gibt es jedoch zwei Ausnahmen:

Die erste Ausnahme tritt dann ein, wenn das ausländische Urtheil ein auf Kompromiß ergangenes schiedsrichterliches ist. Ein solches Urtheil wirkt

nicht deswegen, weil es mit dem von dem Souverain des fremden Staates ausgegangenen Befehl der Vollstreckung versehen wäre, sondern weil sich die Parteien ihm im Voraus durch Vertrag unterworfen haben, dessen bindende Kraft ihnen überall hin folgt, in welches Land sie sich auch begeben mögen (cf. Toullier X. 87. — Merlin Quest. V° jugement §. 14 N°. 3 fine. — Troplong I. 453.). Ein derartiges schiedsrichterliches Urtheil wird zwar immer noch mit der exekutorischen Formel versehen werden müssen, doch kann dies auch ohne weitere Procedur durch die Rathskammer geschehen. Immer aber muß das Urtheil in authentischer Form vorliegen, worüber zu vergleichen: Troplong N°. 453 note 6 der edition Spinnael. Die Ausnahme bezieht sich übrigens nur auf schiedsrichterliche Aussprüche, die auf ein Kompromiß ergangen sind; bei Urtheilen der Zwangsschiedsgerichte tritt die Regel wieder ein.

Die zweite Ausnahme enthält der Art. 2123 selbst, indem er sagt: „sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.“ So ist namentlich mit der Hessen-Darmstädtischen Regierung am 4. Juni 1841 ein Staatsvertrag abgeschlossen, nach welchem die Urtheile Rhein-Hessischer Gerichte in der Rheinprovinz fast in derselben Weise exekutorisch erklärt werden sollen, wie die Urtheile altländischer Gerichte. Siehe das Nähere über das Verfahren in dem betreffenden Gesetz, in der Neuen Trier'schen Sammlung VI. S. 135.

## Abschnitt II. Von Verträgen in authentischer und exekutorischer Form als Titeln der Subhastation.

### §. 56.

Die Gesetze gestatten kontrahirenden Personen, in Vertragsform Akte zu passiren, welche gegen sie die Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen eben so gut begründen wie Urtheile. Wenn hier nun auch das eigentliche Vinkulum in dem Vertrage liegt und wenn auch die Parteien untergebens nur deswegen der Exekution in ihr Vermögen unterliegen, weil sie sich ihr im Voraus unterworfen haben, so muß doch ein solcher Akt, um einen Titel zur Subhastation, wie überhaupt zu jeder Exekution darstellen zu können, doch von den hierzu angestellten Beamten, den Notarien, nach den Vorschriften der Gesetze aufgenommen sein und in seiner mit der exekutorischen Klausel versehenen Hauptausfertigung dem Verfahren zum Grunde gelegt werden.

Also als Regel muß hinsichtlich der vertragsmäßigen Akte aufgestellt werden, daß nur notarielle Obligationen zur Subhastation berechtigen (Art. 38 der Not.-Ord. vom 25. April 1822) und zwar wird selbst die Hauptausfertigung des notariellen Aktes nur dann ein gültiger Vollstreckungstitel sein, wenn sie dem Gesetz gemäß ertheilt ist (Art. 40 Not.-Ord.); ein auf eine zweite Grosse, die der Notar ohne Beobachtung der gesetzlichen Form-

lichkeiten (Art. 844 B. P. O.) ertheilt hätte, gegründetes Subhastations-verfahren würde daher auf desfallsige Opposition vernichtet werden müssen. Dagegen sind die Notarialakte auch außerhalb des Amtsbezirks des Notars in der ganzen Rheinprovinz exekutorisch, ohne daß gegenwärtig noch innerhalb der Rheinprovinz eine Legalisation der Unterschrift des Notars nöthig wäre (arg. Art. 12 und 64 Not.-Ord.), während dies allerdings nach der frühern Notariats-Ordnung vom 25. vent. XI. Art. 28 wenigstens streitig war. (Grenier II. 482.)

## §. 57.

Von der Regel, nach welcher von den Verträge beurkundenden Akten nur die notariellen Akte als Titel der Subhastation dienen können, gibt es einige Ausnahmen:

1) Eine Privaturkunde gilt der notariellen gleich, wenn sie in einem authentischen und exekutorischen Akt, also z. B. in einer notariellen Urkunde anerkannt und mit derselben ausgefertigt wird. (Grenier II. 482.)

2) Dasselbe gilt von dem Privatakt, der von sämmtlichen Kontrahenten oder auch nur von dem Schuldner bei einem Notar deponirt wird (Cass. 27. März 1821, Sirey XXI. 1. 327. — Toullier VIII. 200. — Rejet 11. Juli 1815, Sirey XV. 1. 326. — Persil fils comm. I. N°. 46. — Duranton XIX. 361. — Metz 24. März 1819, Sirey XIX. 2. 332.). Eine solche deponirte Privatobligation wird aber nur dann ein Titel zur Subhastation sein, wenn sie mit dem Depotakt in authentischer und exekutorischer Form ausgefertigt wird; dagegen braucht der Depotakt nicht ihren Inhalt wiederzugeben und daher z. B. nicht die Bestellung der Hypothek zu wiederholen, welche der Akt unter Privatunterschrift vielleicht enthält.

## §. 58.

Notarialakte, welche im Auslande aufgenommen wurden, beweisen zwar für sich allein vollständig den in ihnen enthaltenen Kontrakt; auch können sie von dem Präsidenten des Landgerichts (Carré proc. civ. Quest. 1899) mit der exekutorischen Formel versehen werden und berechtigen dann in der Regel auch zur Zwangsvollstreckung im Inlande. Da aber der Art. 2128 B. G. B. ausdrücklich bestimmt, daß durch keinen im Auslande aufgenommenen Kontrakt eine Hypothek auf ein inländisches Grundstück gewährt werden könne, so nimmt er dadurch jedem Besitzer inländischer Grundstücke das Recht, diese für im Auslande übernommene Verbindlichkeiten irgendwie zu verpflichten, und wenn auch schon, aus dem innigen Zusammenhange zwischen Hypothekenrecht und Subhastationsbefugniß allein, hervorgeht, daß ausländische Notarialakte, selbst wenn sie exekutorisch erklärt worden sind, höchstens

für Mobilarexekutionen, niemals aber für Subhastationen ein Titel sein können, so wird diese allerdings ausdehnende Auslegung des Art. 2128 vollends durch den Art. 546 B. P. O. bestätigt, welcher unter andern Bestimmungen auch die enthält, daß die von auswärtigen Behörden aufgenommenen Akte im Inlande nur in Gemäßheit des Art. 2128 B. G. B. exequirt werden sollen.

In Bezug auf die in den älteren Provinzen des Preußischen Staates geschlossenen Verträge gilt der Satz, daß sie auch in der Rheinprovinz ein Vollstreckungstitel stets dann sind, wenn sie in einer solchen Form abgeschlossen worden sind, die sie auch in den älteren Provinzen ohne Weiteres exekutorisch macht; hierhin gehören namentlich die gerichtlichen Vergleiche, welche von der Rathskammer des betreffenden Rheinischen Landgerichts ebenso ohne weitere Erörterung mit der exekutorischen Formel zu versehen sind, wie dies im §. 51 von den Urtheilen gesagt wurde.

## Abschnitt III. Von den Beschlüssen der Verwaltungsbehörden.

### §. 59.

Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden haben in den Materien, welche gesetzlich zu ihren Attributen gehören, gleiche Vollstreckbarkeit mit den Urtheilen der Gerichte und insofern sie eine Kondemnation enthalten, sind sie auch unbedenklich durch Subhastation zu vollstrecken.

In welchen Fällen die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden Titel zur Subhastation seien, näher auszuführen, würde hier viel zu weit führen; es genüge einige Beispiele anzuführen: Nach dem Gesetz vom 23. Oktober 1790 Art. 14 sind die von den Verwaltungsbehörden über Domanialgüter abgeschlossenen Pachtverträge Titel, die, wie das Gesetz sich ausdrückt, eine execution parée mit sich bringen (Persil ad art. 2123 N°. 24; dagegen jedoch: Troplong I. 505 bis); auch die Strafresolute (Staatsraths-Gutachten vom 16. bis 25. Thermidor XII. und vom 29. Oktober bis 12. November 1811. — Grenier I. 9.) und überhaupt alle in der Kompetenz der Administration liegenden Zwangsverfügungen, die gegen das Vermögen einer Person gerichtet sind (art. 44 loi 1. Germinal XIII. — loi 24. April 1806.), sind Titel zur Subhastation. Oft haben die administrativen Behörden das Recht, ohne Mitwirkung der Gerichte die Rechnungsrecesse rechnungspflichtiger Beamten festzusetzen; z. B. können dies nach dem Gesetz vom 24. März 1812 und nach dem Ressortreglement vom 20. Juli 1818 die Regierungen hinsichtlich der rechnungspflichtigen Beamten von Gemeinden und öffentlichen Anstalten, wo dann die betreffende Gemeinde oder öffentliche Anstalt auf Grund der Entscheidung der Regierung die Grundstücke des betreffenden Kondemnaten subhastiren kann. (II. Senat. 16. August 1832. Arch. 17. 1. 147. Vgl. auch Arch. 17. 1. 86 bis 110. — Arch. 18. 1. 49 u. 19. 1. 103. — Ressortreglement vom 20. Juli 1818.)

## §. 60.

Daß in allen den im vorigen Paragraphen angegebenen Fällen, wie auch in vielen andern, wo ein specielles Gesetz eine derartige Kompetenz der administrativen Behörden begründet, die Entscheidungen der letztern ein hinreichender Titel zur Vollstreckung durch Subhastation sei, ist auch niemals in Zweifel gezogen, nur ist hierbei freilich zweierlei zu bemerken: 1) die exekutorische Wirkung der Entscheidung einer solchen Behörde gegen das Vermögen einer Person ist eine Ausnahme von der Regel, und muß daher, um eintreten zu können, durch ein Specialgesetz begründet sein; 2) über die Kontestationen bei der Immobilarvollstreckung erkennen die administrativen Behörden niemals und es sind daher alle Einsprüche gegen die Zulässigkeit und Regelmäßigkeit des Subhastationsverfahrens von den ordentlichen Gerichten zu erledigen, welche freilich in sofern nicht über den fonds der Sache erkennen können, daß sie die Entscheidung der Verwaltungsbehörde einer nochmaligen Prüfung unterwerfen dürften; dagegen gehören auch solche nicht blos auf die Form des Verfahrens bezügliche Einreden, welche, den Bestand der fraglichen Entscheidung vorausgesetzt, dennoch die Obligation vernichten würden, z. B. Einreden einer spätern Zahlung oder eines Vergleichs, unbedenklich zur Kognition der Gerichte. (Thomine Dem. N°. 609. — Grenier II. 482.)

## §. 61.

Ob die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, um exekutorisch zu sein, auch mit der exekutorischen Formel versehen sein müssen, war in Frankreich lange streitig und die herrschende Lehre ging sogar dahin, daß mit Ausnahme von Zwangsverfügungen in Enregistrementssachen, jede administrative Entscheidung der Formel bedürfe, um vollstreckbar zu sein (arg. Art. 545 B. P. O. cf. Carré et Chauveau pr. Quest. 1894.). Indessen beruht die exekutorische Kraft dieser Entscheidungen nicht auf dem gemeinen Recht, sondern immer nur auf den hier einschlagenden Gesetzen, als speciellen Ausnahmen; man kann also den für das Gebiet der gewöhnlichen Vollstreckung geltenden Art. 545 B. P. O. nicht auf die Ausnahmen von dem gemeinen Recht ausdehnen und da die Specialgesetze nirgends die exekutorische Formel für die Vollstreckung verlangen, so muß man dieselbe um so weniger für nöthig erachten, da sie auf dem Gebiet der Administration überhaupt unbekannt, ja sogar nicht einmal füglich anwendbar ist. In der That kann man auch für Frankreich durch ein Staatsraths-Gutachten vom 5. Februar 1836 und ein Gesetz vom 18. Juli 1837 die Frage in diesem Sinne fixirt betrachten und für die Rheinprovinz muß wegen gleicher Gründe dasselbe gelten, wie dies auch durch ein Urtheil des Appellhofes zu Köln vom 16. August 1832 (Arch. 17. 1. 147.) anerkannt worden ist (vgl. auch Art. 4 des Gesetzes vom 29. Floréal X.).

## Abschnitt IV. In welchem Falle kann der Schuldner die Vollstreckung des exekutorischen Titels durch Subhastation aufhalten?

### §. 62.

Hier soll nicht davon die Rede sein, in welchem Falle überhaupt die Vollstreckung eines exekutorischen Titels aufgehalten werden könne; in dieser Beziehung kann nur im Allgemeinen angedeutet werden, daß die Vollstreckung von Urtheilen in der Regel durch Einlegung eines suspensiven Rechtsmittels (Appell oder Opposition) gehemmt wird, — daß diese Hemmung hinsichtlich der Notarialakte immer im Falle einer Hauptfälschungsklage durch die Versetzung in Anklagezustand erfolgt, — daß ferner dann, wenn ein Notarialakt mit der Incidentfälschungsklage angegriffen wird, den Gerichten die Befugniß zusteht, die Exekution des Aktes zu suspendiren (was sie gewiß auch dann dürfen, wenn eine Klage auf Vernichtung des Aktes wegen dolus oder Simulation angestellt worden ist), daß endlich der Schuldner die Sistirung des Exekutionsverfahrens verlangen kann, wenn auf den von ihm verschuldeten Betrag ein Drittarrest angelegt ist (Grenier II. 482 fine).

In allen diesen Fällen wird natürlich auch die Vollstreckung durch Subhastation gehemmt; aber da hierin nichts Eigenthümliches für die Subhastation liegt, so mögen die wenigen allgemeinen Andeutungen genügen. Im übrigen gilt die Regel, daß die Vollstreckung des exekutorischen Titels, möge auch die Obligationssumme so klein sein, wie sie wolle, (cf. Duranton XXI. 29.) im Wege der Subhastation, durch nichts aufgehalten werden kann und daß alle im Laufe des Verfahrens vorkommenden Oppositionen, mögen sie sich nun auf die Zulässigkeit oder Gültigkeit desselben beziehen, keinen Suspensiveffekt haben, d. h. daß durch dieselben der Zwangsverkauf niemals aufgehalten wird.

Die einzige Ausnahme der aufgestellten Regel enthält der Art. 2212 B. G. B., welcher lautet: „Si le débiteur justifie par baux authentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année, suffit pour le payement de la dette en capital, interêts et frais et s'il en offre la délegation au créancier, la poursuite peut être suspendue par les juges, sauf a être reprise, s'il survient quelque opposition ou obstacle au payement."

Da der Artikel dem Schuldner im Laufe des Verfahrens das Recht gibt, von dem Gericht eine Sistirung zu verlangen, wenn er den Bedingungen des Art. 2212 genügen kann, und da es sich also von einem Incidentpunkt im Subhastationsverfahren handelt, so muß er seine desfallsige Klage gegen den Extrahenten mittelst Ladung an dasjenige Landgericht anstellen, in dessen Sprengel die subhastirten Grundstücke liegen. Das Verfahren wird nicht schon durch die bloße Delegation der Revenüen sistirt, sondern erst durch das Urtheil des Gerichts (Persil fils comm. I. N°. 38—41.); auf der andern

Seite kann der Extrahent nicht ohne Weiteres das Verfahren wieder aufnehmen, wenn er die delegirten Revenüen, z. B. wegen einer Opposition anderer Gläubiger nicht percipiren kann, sondern in diesem Falle muß auch die Wiederaufnahme durch ein Urtheil des Gerichts verordnet werden (Grenier II. 481.). Der Art. 2212 gestattet übrigens nur die Delegation civiler Früchte, indem er die Justifikation durch authentische Pachtverträge verlangt; dagegen können auch die Einkünfte anderer, als der mit Subhastation bedrohten Grundstücke delegirt werden. Wird später von dem Gericht die Wiederaufnahme des Verfahrens gestattet, so kommt die Sache wieder in dieselbe Lage, in welcher sie sich zur Zeit der Klage auf Sistirung befand, so daß auch die durch die schwebende Instanz suspendirten Fristen von dem Tage der Zustellung des Urtheils wieder anfangen zu laufen. War z. B. die Klage des Subhastaten auf Sistirung einen Monat nach dem Zahlungsbefehl angestellt, so wird der Extrahent von dem Tage an, wo das die Fortsetzung des Verfahrens gestattende Urtheil zugestellt wurde, noch zwei Monate haben um die Beschlagnahme zu erwirken (§. 3 Subh.-Ord.). Daß übrigens sowohl das sistirende, als auch das die Fortsetzung des Verfahrens erlaubende Urtheil des Landgerichts in gewöhnlicher Weise von beiden Seiten durch Berufung angreifbar sei, kann nicht zweifelhaft sein; obgleich allerdings der vorliegende Fall einer derjenigen ist, wo die provisorische Vollstreckung des Erkenntnisses I. Instanz verordnet werden muß. (Art. 135 princ. B. P. O.)

## Capitel IV.

### Von den Gegenständen der Subhastation.

§. 63.

Da nach Art. 2093 B. G. B. die Güter eines Schuldners das gemeinsame Unterpfand seiner Gläubiger sind, so folgt hieraus für die Immobilarexekution von selbst die Regel, daß die Gläubiger um zu ihrer Befriedigung zu gelangen, alle überhaupt nur einer Expropriation im Sinne des Art. 2204 B. G. B. fähigen, im Eigenthum ihres Schuldners befindlichen, Güter zur Subhastation zu bringen, befugt sind. Von dieser Regel wird man allerdings im folgenden Capitel mehre Ausnahmen und Modifikationen sehen; auch erfährt die Regel sofort schon insofern eine Ausdehnung, als die hypothekarischen und privilegirten Gläubiger nicht nur gegen ihre persönlichen Schuldner, sondern auch gegen die ihnen obligatorisch ganz fremden dritten Besitzer der mit dem hypothekarischen Recht belasteten Güter expropriiren können. Indessen vermindern alle diese Ausdehnungen und Ausnahmen der Regel keineswegs die Nothwendigkeit der Erörterung der Frage, welche Gegenstände überhaupt ihrer Natur nach subhastationsfähig seien und dieser Frage soll der folgende Abschnitt gewidmet werden.

### Abschnitt I. Aufstellung des Princips.

§. 64.

Das Fundamentalgesetz, auf dessen Auslegung es hier ankommt, ist der Art. 2204 B. G. B., welcher folgender Maßen lautet:

„Le créancier peut poursuivre l'expropriation 1° des biens immobiliers et de leurs accessoires reputés immeubles appartenant en propriété a son débiteur 2° de l'usufruit appartenant au débiteur sur les biens de même nature."

Allerdings hat es seine Richtigkeit, daß alle diejenigen Güter, welche zur Hypothek gestellt werden können, auch der Subhastation unterliegen.

Indessen kommt man hiermit in der Interpretation des Art. 2204 B. G. B. keinen Schritt weiter, da der Art. 2118 B. G. B., welcher die einer Hypothek empfänglich sein sollenden Gegenstände aufzählt, nur dieselben Vermögensstücke enthält, die sich auch in dem Art. 2204 finden. Von letzterem Artikel ist er nur in der Redaktion verschieden, indem er keine

andern, als die sich von selbst verstehenden und daher eigentlich überflüssigen Zusätze enthält, daß nur die biens immobiliers, „welche *in commercio* sind" und der Nießbrauch „während seiner Dauer" der Hypothek empfänglich sein sollen. Im übrigen sind beide Artikel gleichlautend, und so richtig daher auch der oben aufgestellte Satz ist, so nützt er doch zur Auslegung des Art. 2204 nichts. Alles ist daher einer doktrinellen Interpretation des Art. 2204 selbst überlassen, hierbei aber ein weiteres Ausholen nöthig.

## §. 65.

Das Erste Capitel Buch II. Tit. I. code civil enthält in den Art. 517 bis 526 ein Verzeichniß derjenigen Güter, welche als biens immeubles einer Person, wie das Gesetz sich ausdrückt betrachtet werden sollen. Hier entdeckt man unschwer zwei Kategorieen: nämlich die biens immeubles sind entweder körperliche Sachen oder Rechte in Bezug auf solche körperliche Sachen. Zu den körperlichen Immobilien gehören die eigentlichen Grundstücke (fonds de terre), welche eine area auf oder unter der Erdoberfläche haben (auch Minen und Bergwerke), ferner die Gebäude und was ihnen gleichgeachtet wird (Art. 518—519) und endlich Alles, was entweder der Natur der Sache nach oder vermöge Bestimmung (destination) nach den in den Art. 519—525 aufgestellten Regeln als Accessorium eines Grundstücks oder Gebäudes betrachtet wird. — Dagegen gehören zu den Rechten, die sich auf Immobilien beziehen (immeubles par l'objet, auquel ils s'appliquent) der Nießbrauch an Immobilien der ersten Kategorie, die Servituten oder Grundgerechtigkeiten und die Klagen, welche auf Erlangung oder Wiedererlangung eines immobile gehen.

Der Art. 2204 will offenbar nicht alle diese Immobilien als Gegenstände der Subhastation bezeichnen. Schon in der Redaktion weicht er bedeutend von den Art. 517 bis 526 ab, denn während dort die unbeweglichen Güter „biens immeubles" genannt werden, nennt der Gesetzgeber hier als Gegenstände der Zwangsveräußerung die *biens immobiliers* mit ihrem Zubehör und den Nießbrauch an Gütern derselben Natur. Dagegen theilt der Art. 2204 die subhastationsfähigen Güter wiederum in dieselben zwei Kategorieen ein, in welche auch die unbeweglichen Güter überhaupt getheilt wurden, giebt aber von der zweiten Kategorie, von den immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent nur den Nießbrauch als subhastationsfähig an. Schon hieraus ergiebt sich, daß die übrigen in diese zweite Kategorie gehörenden Immobilien, nämlich Servituten und auf Immobilien bezügliche Klagen einem andern Recht folgen müssen, als der Nießbrauch. Diese Auffassung, die bis jetzt allerdings nur durch das fragile Argument: „qui dicit de uno, negat de altero" gestützt wurde, wird durch eine nähere Beleuchtung des Art. 2204 vollständig bestätigt.

§. 66.

Was könnte unter den Worten „*biens immobiliers* apparténant en propriété“ wohl verstanden werden? etwa die biens immeubles der Art. 517—526, zu denen alle Immobilien gehören? Das anders lautende Wort, „biens immobiliers“ spricht schon dagegen, noch mehr aber die Erwägung, daß dann in der That die zweite den Nießbrauch enthaltende Nummer des Artikels gänzlich überflüssig wäre und also dem Gesetzgeber der Vorwurf einer ungemein schlechten Redaktion gemacht werden müßte. Dies kann man aber um so weniger annehmen, weil dann die Redaktion des Art. 2118 B. G. B. derselbe Vorwurf träfe. Wenn nun beide Artikel, wie aus ihrer abweichenden Fassung hervorgeht, offenbar selbstständig und von einander unabhängig redigirt sind, so müßte es doch im höchsten Grade befremden, wenn der Gesetzgeber in einer so wichtigen und sorgfältig erwogenen Materie zweimal und an verschiedenen Stellen einen so groben Redaktionsfehler begangen hätte, mit dem Ausdruck „biens immobiliers“ alle unbeweglichen Güter zu bezeichnen und doch noch zugleich eine einzelne species, den Nießbrauch herauszugreifen und demselben Recht zu unterwerfen. Man wird daher zu der Annahme gedrängt, unter dem Ausdruck biens immobiliers nicht alle Immobilien, sondern etwas Anderes zu verstehen, und wenn man nun festhält, daß dieses Andere in Folge logischer Nothwendigkeit der ersten Kategorie der unbeweglichen Güter angehören muß, weil die zweite Kategorie durch N°. 2 des Art. 2204 repräsentirt wird und wenn man ferner in der ersten Kategorie die besonders erwähnten Accessorien ausscheidet, so ist es klar, daß der Ausdruck „biens immobiliers“ nichts anders bedeuten kann, als diejenigen körperlichen Immobilien, welche Hauptsachen sind; ist dies aber richtig, so müssen die andern unbeweglichen Güter mit Ausnahme der besonders erwähnten Accessorien und des Nießbrauches als von der Expropriationsbefugniß der Gläubiger ausgeschlossen betrachtet werden, weil sie sich unter keine der Rubriken des Art. 2204 bringen lassen und weil dieser Artikel keiner analogen Ausdehnung fähig ist, da der ihm korrespondirende Art. 2118 durch seine Eingangsworte: „sont *seuls* succeptibles d'hypothéques“ jede Ausdehnung per analogiam verbietet.

§. 67.

Nach der obigen Ausführung ist die Regel des §. 63 so zu verstehen, daß nur subhastionsfähig sind, folgende unbewegliche Güter:

I. Alle körperliche Immobilien, welche Hauptsachen sind, d. h. die eigentlichen Grundstücke (fonds de terre), welche eine area auf oder unter der Oberfläche der Erde haben (also auch Minen und Bergwerke); ferner alle Gebäude und was ihnen entweder zufolge gesetzlicher Bestimmung (cf. Art. 519 B. G. B.) oder der Natur der Sache nach gleichgeachtet werden muß; endlich alle diejenigen Sachen, welche zufolge der Art. 520—525 B.

G. B. entweder wegen ihrer Natur oder wegen einer besondern Bestimmung (destination) des Eigenthümers als Zubehör eines Grundstücks oder Gebäudes betrachtet werden.

II. Von den unkörperlichen Immobilien (immeubles par l'objet, auquel ils s'appliquent) nur der Nießbrauch an den sub I. bezeichneten Gegenständen.

Indem jedoch, wie vorstehend, das Gebiet der subhastationsfähigen Sachen abgegrenzt wird, versteht es sich von selbst, daß diese Sachen nur ihrer vermögensrechtlichen Seite nach in Betracht kommen, d. h. die Immobilarexekution besteht nicht in der bloßen physischen Wegnahme der betreffenden Immobilie, sondern das Eigenthum an ihr wird expropriirt. Ja sogar das bloße Miteigenthum ist unter Umständen ein Gegenstand der Immobilarexekution. (cf. infra §. 79.) Hiernach würde also streng genommen in diesem Paragraphen so gut sub I. wie sub II. nur von Rechten in Bezug auf Immobilien, also von unkörperlichen Immobilien die Rede sein, — aber Eigenthum sowohl wie Miteigenthum decken gewissermaßen die ganze körperliche Sache und fallen mit ihr zusammen; sie sind die Sache selbst vermögensrechtlich aufgefaßt; auch der Miteigenthümer wird in keinem einzigen Theil der Sache von den übrigen Miteigenthümern ausgeschlossen; sie konkurriren nur mit ihm und so identificirt sich selbst das Miteigenthum mit der körperlichen Sache. In diesem Sinne werden die wirklichen Eigenthumsrechte an den sub I. aufgezählten Sachen mit zu den körperlichen Immobilien gerechnet und den andern im Art. 526 B. G. B. angeführten Rechten in Bezug auf unbewegliche Sachen oder den unkörperlichen Immobilien gegenübergestellt.

## §. 68.

Die im vorigen Paragraphen aufgestellte Regel giebt zu mehren theils beschränkenden theils erweiternden Erläuterungen Veranlassung:

1) Damit die oben bezeichneten Immobilien subhastirt werden können, müssen sie nicht extra commercium sein.

Zu den Sachen, welche nicht in den Verkehr der Privaten kommen können oder wenigstens nicht in diesem Verkehr sind, gehören z. B. die gottgeweihten Sachen, wie Kirchen, Kapellen, Kirchhöfe und dgl., ferner die vom code sogenannten dependances du domaine public, wie Flüsse, Straßen, Meeresufer, Festungswerke u. a. m. (cf. Art. 538, 540, 541 B. G. B.) Alle diese Sachen können weder dem Eigenthum, noch dem Nießbrauch nach Privaten zustehen und daher in keiner von beiden Beziehungen Gegenstände der Subhastation sein.

2) Die sub I. angeführten Accessorien haben die Qualität von Immobilien nur so lange, als sie mit dem Grundstück oder mit dem Hause, zu welchem sie gehören, verbunden sind; sobald sie davon getrennt sind, werden sie wieder Mobilien. Von den Früchten, die, so lange sie mit dem Boden

zusammenhängen, ebenfalls unbewegliche Accessorien sind, sagt der Art. 520 B. G. B. dies ausdrücklich; dasselbe muß aber auch von den übrigen Sachen gelten, die nach den Regeln der Art. 520—525 B. G. B. als Zubehör zu betrachten sind. Hieraus folgt, daß diese Sachen für sich allein weder zur Hypothek gestellt, noch subhastirt werden können, denn schon im Moment der Beschlagnahme würden sie ihrer Bestimmung, als Zubehör der nicht saisirten Hauptsache zu dienen, entfremdet werden. Wenn vielmehr solche Gegenstände für sich allein verkauft werden, so haben alle Gläubiger ein gleiches Anrecht auf den Kaufpreis und es kann daher nicht von einer Vertheilung nach der Rangordnung der Hypotheken, sondern nur von einer distribution par contribution die Rede sein. (Grenier I. 140); dies wird z. B. dann eintreten, wenn der Eigenthümer das zum Ackerbau bestimmte Vieh oder Ackergeräth, oder das zum Betriebe einer usine erforderliche Geräth, oder Statüen aus Nischen, kurz, wenn er die in den Art. 520—525 B. G. B. als unbewegliches Zubehör bezeichneten Sachen verkauft hat. Auf der andern Seite werden aber auch nach dem Grundsatz „accessorium sequitur suum principale" die auf dem Grundstücke oder in den Gebäuden befindlichen Accessorien für mit saisirt zu erachten sein, sobald eine Beschlagnahme des Grundstücks oder des Hauses erfolgt (Troplong priv. et hyp. I. 399) und so sind sie allerdings mit ihrer Hauptsache zusammen, der Subhastation fähig, und so lange sie in ihrer Verbindung mit der Hauptsache bleiben, können sie nicht auf dem Wege der Mobilarpfändung in Beschlag genommen werden, was für die mit der Hauptsache physisch verbundenen Sachen, z. B. Wasserröhren unbedingt, dagegen für die immeubles par destination, z. B. für das zur Bebauung eines Grundstücks dienende Vieh nur mit der Ausnahme gilt, daß sie wegen der im Art. 593 B. P. O. aufgezählten Forderungen allerdings gepfändet werden können. Früchte auf dem Halm sind zwar unbeweglich, können aber durch die saisie brandon in Beschlag genommen werden, wo dann der Kaufpreis derselben nicht nach Hypothekenrecht, sondern nach Verhältniß der Forderungen, par contribution unter die Gläubiger vertheilt werden muß (Art. 635 B. P. O.). Von der Frage, inwieweit die Früchte durch die Beschlagnahme des Grundstücks immobilarisirt werden, kann erst im zweiten Theil die Rede sein.

Wenn übrigens sub I. von den Gebäuden als von selbstständigen Immobilien die Rede ist, so sind damit solche Gebäude gemeint, die entweder keine area unter sich haben, wie z. B. Häuser oder Mühlen auf Pfeilern in öffentlichen Flüssen (Duranton IV. 23—24 und 37), oder aber solche Gebäude, an denen ausnahmsweise ein von dem Eigenthum des Grund und Bodens abgesondertes Eigenthum vorkommt, was unbedenklich nach unserm Recht vorkommen kann (cf. Troplong I. 404 bis). Im Uebrigen gilt im Französischen Recht, sogut wie im Römischen (cf. l. 21 D. de pign. act. l. 16 §. 4. l. 29 §. 2. D. de pign. et hyp.) die Regel, daß

die Gebäude Accessorien des Grund und Bodens sind und daß sie also, wenn nicht ein besonderes Eigenthumsrecht ausnahmsweise besteht, nur als Accessorien der Bodenfläche subhastirt werden können, daß sie ferner ihre Qualität als Immobilien verlieren, sobald sie von der Hauptsache getrennt, d. h. abgebrochen sind, woraus dann von selbst folgt, daß der Hypothekargläubiger gegen den Drittbesitzer der abgebrochenen Materialien keine hypothekarische Klage hat (cf. ein Urtheil des Kassationshofes zu Paris vom 9. August 1825, angeführt bei Troplong II. 777), und daß das von einem Pächter oder Miether, der hierzu nicht kontraktlich verpflichtet war, erbaute Haus zwar von den Gläubigern des Eigenthümers mit dem Grund und Boden unter der Bedingung, in Gemäßheit des Art. 555 B. G. B. zu entschädigen, saisirt werden kann, daß aber dasselbe Haus hinsichtlich der Gläubiger des Pächters oder Miethers nur ein Gegenstand der Mobilarpfändung ist.

3) Wenn auch der Art. 2204, abgesehen von dem Nießbrauch, nur die eigentlichen körperlichen Immobilien der Zwangsveräußerung unterwirft, so kann er doch natürlich der spätern Gesetzgebung nicht vorgreifen und wenn daher Specialgesetze andere Gegenstände, die eigentlich beweglich sind, den Immobilien gleichstellen und der Hypothekenbestellung unterwerfen, so können diese auch subhastirt werden. Nur ist freilich nicht zu vergessen, daß die bloße Immobilarqualität eine Sache nicht ohne weiteres zum Gegenstande der Subhastation macht und daß daher immer zu untersuchen bleibt, ob das betreffende Specialgesetz die an sich bewegliche Sache auch dem Hypothekenrecht unterwirft, oder bloß in Bezug auf andere Vermögensverhältnisse zur unbeweglichen macht; so können z. B. die nach Vorschrift des Dekrets vom 16. Januar 1808 immobilisirten Aktien der Bank von Frankreich unbedenklich subhastirt werden, weil der Art. 7 des Dekrets diese Aktien ausdrücklich für Gegenstände der Hypothek erklärt, während dagegen die nach dem Dekret vom 1. März 1808 immobilisirten Staatsrenten nicht Gegenstände der Subhastation sind, weil aus dem Art. 2 hervorgeht, daß die Immobilisirung nur zum Zweck einer Majoratserrichtung geschehen kann.

4) Wenn auch von den Rechten, welche sich auf Immobilien beziehen (immeubles par l'objet, auquel ils s'appliquent) der Nießbrauch allein ein selbstständiger Gegenstand der Subhastation sein kann, so ist doch die Servitut ein accessorium des herrschenden Grundstücks, und muß also mit diesem zusammen, aber auch nur mit diesem subhastirt werden können; für sich allein ist die Servitut dagegen weder ein Gegenstand der Hypothek noch der Subhastation (Troplong I. 402 — Persil reg. hyp. ad art. 2123 VIII. — Pardessus tr. des serv. N°. 6. — Grenier I. 151. — Duranton XXI. 4. l. 11 §. 3. D. de pign. et hyp.).

5) Der Satz, daß der Nießbrauch subhastationsfähig sei, hat den Sinn, daß der Nießbrauch selbst für seine ganze noch übrige Dauer quoad exercitium zum Zwangsverkauf gebracht werden könne. Dagegen kann der

Gläubiger nicht die Früchte subhastiren, welche dem Schuldner wegen seines Nießbrauchsrechtes erfallen sind und wenn diese Früchte gepfändet werden, so kann auch der Gläubiger, welcher eine Hypothek an dem Nießbrauch hatte, in Bezug auf den Kaufpreis kein Präferenzrecht in Anspruch nehmen (Troplong I. 400).

## Abschnitt II. Anwendung des Princips auf die Beurtheilung der Subhastationsfähigkeit einiger Vermögensobjekte.

### I. Von Personalservituten.

### §. 69.

Das B. G. B. kennt unter dem Namen „Servituten" zwar nur die eigentlichen Realservituten, indessen sei es erlaubt, die bekannte Terminologie des Römischen Rechts beizubehalten. Für die Personalservituten muß nun entschieden der Grundsatz aufgestellt werden, daß sie mit Ausnahme des Nießbrauchs an Immobilien niemals der Hypothekenbestellung und der Subhastation unterliegen.

Dies gilt z. B. von dem usus und der habitatio, wenn auch Art. 629 B. G. B. erlaubt, diesen Rechten eine größere Ausdehnung zu geben und es kann nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks genannt werden, wenn Duranton sagt, daß usus und habitatio Gegenstände der Hypothek würden, sobald in der Bestellungsurkunde die Befugniß zu veräußern enthalten sei, (Duranton XIX. 267. XXI. 5), denn es leuchtet ein, daß dann kein usus und keine habitatio mehr vorhanden ist, sondern in Wahrheit ein Nießbrauch, der natürlich der Hypothekenbestellung unterliegt. Es wird allerdings, da der Art. 629 im Allgemeinen jede Ausdehnung erlaubt, faktisch oft schwierig sein, namentlich das Gebrauchsrecht von dem Nießbrauch zu unterscheiden; indessen wird der usus stets dann Gegenstand der Hypothek, wenn er so weit über seine Grenzen ausgedehnt ist, daß er die materiellen Requisite des Nießbrauchs enthält, mag er in dem Konstitutivtitel genannt sein, wie er will, bei der Beurtheilung welcher Frage übrigens der Art. 635 B. G. B. nicht außer Acht zu lassen sein wird.

### §. 70.

Grenier I. 140 fine und Battur II. 232 legen den droits de glaudée, pacage, d'usage pour chauffage dans les forêts und andern Rechten ähnlicher Art die Fähigkeit bei, zur Hypothek gestellt und folgeweise auch subhastirt zu werden, — und zwar stützen sie sich auf die Fassung des Art. 2181 B. G. B.

Dieser Artikel bestimmt nämlich, daß zum Zweck der Hypothekenreinigung die contrats translatifs de la propriété d'immeubles ou *droits réels immobiliers* transscribirt werden sollen; also, meinen Duranton und Battur,

setze der Artikel voraus, daß außer dem Eigenthum noch andere droits réels immobiliers der Hypothekenbestellung fähig seien, und unter diesen Immobilarrechten müsse man solche Gerechtigkeiten, wie die genannten, verstehen. — Indessen kommt es auf den Art 2181 nicht an, da er in Bezug auf diese Materie nur enunciativ ist, während die Art. 2118 und 2204 die Disposition enthalten; auch könnte unter dem sehr allgemeinen Ausdruck: „droits réels immobiliers“ mit demselben Recht z. B. die Emphyteuse verstanden werden, die doch Grenier selbst nicht als Gegenstand der Subhastation betrachtet (Grenier I. 143). Wenn man ferner den blos enunciativen Charakter des Art. 2181 in Anschlag bringt, vermöge dessen es in dieser Beziehung auf eine besonders genaue Präcision nicht ankam, so scheint, wenn man auch unter „droits réels immobiliers“ nur Hauptsachen verstehen will, doch der Gedanke nahe zu liegen, daß mit diesem Ausdruck solche Rechte gemeint seien, die zwar in Wirklichkeit Eigenthum sind, ursprünglich aber anderer Natur waren und, aus einem andern Rechtsverhältniß entsprungen, auch im gewöhnlichen Leben anders genannt werden, z. B. ein ursprüngliches Erbpachtsverhältniß, welches auf irgend eine Weise entweder zufolge Vorherbestimmung des Konstitutivtitels oder durch Verjährung so sehr zum Eigenthum geworden ist, daß allein die Verpflichtung, einen jährlichen Kanon zu zahlen und der Name Erbpacht übrig blieb; ferner können unter den droits réels immobiliers auch die Rechte des Miteigenthümers an solchen Immobilien verstanden werden, in Bezug auf welche er mit andern blos in einer zufälligen Gemeinschaft steht, da ein solches Miteigenthum, wie man unten sehen wird, durch den Art. 2205 B. G. B. nicht der Expropriation entzogen ist (cf. §. 79).

Aus der Fassung des Art. 2181 ist daher nichts herzuleiten und, wenn auch die im Beginn des Paragraphen angegebenen Rechte einen von dem dienenden Grundstück unabhängigen Werth haben, so sind sie doch noch überdies unveräußerlich und Troplong hat daher gewiß Recht, die Meinung Grenier's unbegreiflich zu finden (Troplong I. 403). Nur ist das allerdings wahr, daß die angegebenen Rechte, wenn sie ausnahmsweise nicht Personen (z. B. Mitgliedern einer Gemeinde) zustehen, sondern einem Grundstück ankleben sollten, als Realservituten mit dem herrschenden Grundstück subhastirt werden können (cf. supra §. 68 N°. 4). Dies bildet aber keine Ausnahme der Regel, nach welcher von den Personalservituten nur der Nießbrauch expropriationsfähig ist.

## II. Von der Emphyteuse.

### §. 71.

Die Frage, ob eine Emphyteuse Gegenstand der Hypothek und Subhastation sein könne, ist sehr bestritten. Bejaht wird sie von Duranton IV. 78, XIX. 268, XXI 3. — Persil reg. hyp. ad art. 2118 N°. XV. — Merlin repert. V° emphyt. N°. 4. — Battur II. N°. 246. — Favard V°

emphyt. §. 3. — Troplong I. 405 und von mehren Urtheilen Cass. 19. Juli 1832, Sirey XXXII. 1. 53. — Paris 10. Mai 1831, Sirey XXXI. 2. 153. — Douai 15. Dezember 1832, Sirey XXXIII. 2. 65. — Verneint dagegen von Grenier I. 143. — Toullier III. N°. 101. — Proudhon I. N°. 99. — Malleville ad art. 2118. — Delvincourt t. III. p. 185. — Carré et Chauv. Quest. 2198 bis §. III.

Aus der großen Verschiedenheit der Ansichten geht hervor, wie die Frage nicht ohne ihre bedeutenden Schwierigkeiten ist; eine erschöpfende Beantwortung derselben würde jedoch weit über die Grenzen dieser Blätter führen; deswegen muß eine kurze Darlegung der hier in Uebereinstimmung mit den Principien des vorigen Abschnitts angenommenen Ansicht genügen. Daß nach Römischem Recht bei der Emphyteuse kein, in direktes und nutzbares Eigenthum getheiltes, Dominium vorkomme, daß vielmehr die Emphyteuse des Römischen Rechts nur ein jus in re aliena sei, kann zwar nach den neuern Ausführungen von Thibaut und Vangerow wohl als feststehend angenommen werden (cf. Thibaut Versuche II. N°. 3 und civilist. Abh. N°. 11. — Vangerow Leitfaden §. 358 Anm. — contra: Glück's Pandecten VIII. S. 81); indessen wird doch für die in Frankreich und in der Rheinprovinz vor dem Gesetz vom 18.—29. Dezember 1790 abgeschlossenen Erbpachtsverleihungen, aus Gründen, die hier nicht zu entwickeln sind, in der Regel angenommen, daß dem Erbpächter ein dominium utile zugestanden habe, welches durch die spätere Gesetzgebung in volles Eigenthum übergegangen sei (vgl. u. a. Archiv 10. 1. 272, 274 und Arch. 13. 2. 21.); und in allen diesen Fällen wird allerdings die frühere Erbpacht, welche jetzt Eigenthum geworden ist, in der Hand des Erbpächters unbedenklich subhastirt werden können, und es wird sich mit der Erbpacht ebenso verhalten, wie z. B. mit den frühern baux a champart, bei welchen der Erwerber auch Eigenthümer wurde, aber leiden mußte, daß der abtretende dominus sich zu gewissen Zeiten auf das abgetretene Grundstück begab und eine Anzahl Garben (campi partem) holte.

Was dagegen die nach dem Gesetz vom 18.—29. Dezember 1790 und unter der Herrschaft des code civil abgeschlossenen Erbpachtsverträge betrifft, so enthält das B. G. B. hierüber zwar nichts, aber das erwähnte Gesetz von 1790 stellt sie offenbar den Pachtverträgen auf lange Jahre gleich, indem es ihre längste Dauer auf 99 Jahre oder 3 Generationen beschränkt, und da es nach dem neuern Recht kein dominium utile und überhaupt kein getheiltes Eigenthum an derselben Sache geben kann (Cass. Berlin 1. Juli 1829, Arch. 13. 2. 21.), so würde schon hieraus folgen, daß die in Erbpacht gegebenen Grundstücke von den Gläubigern des Erbpächters nicht subhastirt werden können, sondern daß letztere nur das Recht haben, gegen ihren Schuldner die Früchte in Beschlag zu nehmen. Diese Auffassung wird aber noch durch die erheblichsten aus der Geschichte der Gesetzgebung hergenommenen Gründe bestätigt.

Der Art. 11 des Gesetzes vom 11. Brumaire an VII. zählte als Gegenstände der Hypothek dieselben Sachen auf, welche auch die Art. 2118 und 2204 B. G. B. enthalten und fügte nur, wie er sich ausdrückt, la jouissance emphytéotique, hinzu. Da nun der code civil, obgleich im Uebrigen den erwähnten Artikel des Gesetzes vom Jahre VII. reproducirend, die Erbpacht ausläßt, so hat er in Bezug hierauf dem frühern Gesetz abrogiren wollen, denn wenn das neuere Gesetz über eine Materie einen besondern Titel mit erschöpfenden Specialbestimmungen enthält, so muß eine Abrogation der nicht mit aufgenommenen Specialbestimmung des älteren Gesetzes angenommen werden, und um so mehr muß diese Annahme hier eintreten, da bei der Redaktion des Art. 2118 im Staatsrath darüber gestritten wurde, ob nicht die jouissance emphytéotique als Gegenstand der Hypothek angeführt werden solle, bei welcher Diskussion Jollivet die freilich in facto unbegründete Behauptung aufstellte, daß die Emphyteuse niemals der Hypothek empfänglich gewesen wäre. (cf. Locré [ed. Tarlier] VIII. p. 205.)

Die Emphyteuse, so weit sie im neuern Recht noch vorkommen kann, hat allerdings vieles mit dem Nießbrauch gemein, aber deswegen kann man doch nicht mit Duranton sagen „daß es absurd sein würde, eine Subhastation des in seiner Zeitdauer beschränkteren Nießbrauches zu gestatten, dagegen bei der Emphyteuse, nach welcher ein Grundstück sogar 99 Jahre gebraucht und genossen werden könne, das Gegentheil anzunehmen,“ denn der Nießbrauch ist nur deswegen ein Gegenstand der Expropriation, weil das Gesetz ihn dafür erklärt, und abgesehen davon, daß der Art. 2204 N°. 2 nach der Ausführung des vorigen Abschnitts nicht analog angewendet werden darf, würde sein Argument eben so gut auf ein für lange Jahre abgeschlossenes Pachtverhältniß passen. Was endlich den von Troplong angegebenen Grund betrifft, daß die Emphyteuse ein wahres Immobiliarrecht (droit réel immobilier) sei, so ist dieser Grund einestheils nicht wahr, denn die Emphyteuse des neuern Rechts ist nur eine Pacht auf lange Zeit, anderntheils unerheblich, weil nicht alle Immobilien, sondern nur die in Art. 2204 bezeichneten, Gegenstände der Subhastation sind.

## III. Von der Superficies.

### §. 72.

Schon im Römischen Recht war das Institut der Superficies ein höchst schwankendes, so daß es noch jetzt unter den Lehrern des Römischen Rechts streitig ist, ob der Superficiar Eigenthum oder blos ein dingliches Recht an einer fremden Sache habe. Der code civil enthält nichts über die Superficies; da er aber, wenn auch kein nutzbares, so doch ein getheiltes Eigenthum an Gebäuden in sofern kennt, daß das Gebäude einem Andern gehören kann, als die area, auf welcher es steht (arg. Art. 553 B. G. B., vergl. auch supra §. 68), so wird sich Alles in eine faktische Frage auflösen: ist

der Titel ein solcher, daß er abgesondertes Eigenthum an dem Gebäude begründet, so wird letzteres auch Gegenstand der Hypothek und Subhastation sein, einerlei, ob der Name: „superficies“ gebraucht wurde, oder nicht. (Vgl. auch Troplong I. N°. 405 fine.)

## IV. Von Immobilarklagen.

### §. 73.

Ein Urtheil des Kassationshofes zu Paris vom 14. Mai 1806 hatte erkannt, daß die einem Schuldner zustehende Klage auf Auflösung eines Kaufgeschäfts wegen übermäßiger Verletzung nicht subhastirt werden könne. Die Gründe dieses Urtheils, welches übrigens nur ein einfaches rejet-Urtheil ist, sind allerdings unhaltbar, denn sie bestehen darin, daß die Klage im Grunde nur auf eine Erhöhung des Kaufpreises, also auf eine bewegliche Sache gehe und daher selbst beweglich sei! Vielleicht veranlaßt durch die augenscheinliche Unhaltbarkeit dieser Gründe, hat Pigeau zuerst in seinem bereits mehrfach citirten traité de la procédure (Pigeau II. 196, 259.) die Theorie aufgestellt, daß die Gläubiger alle Klagen ihres Schuldners, welche zum Zweck haben, ein Immobile zu vindiciren (also auch die action en reméré) oder im Wege einer Rescission wieder zu erlangen, zwar nach ihrer Wahl auf Grund des Art. 1166 B. G. B. ausüben, aber auch zur Subhastation bringen können, damit der Adjudikatar sie hinterher anstellen möge. Mit Recht erklären sich aber fast alle andern Schriftsteller dagegen (cf. Berriat II. 506 N°. 2. — Grenier I. 152, 153. — Merlin rep. V° hypoth. sect. 2 §. 3 und sect. 3 N°. 5. — Battur II. 234. — Pailliet ad art. 526 c. c. — Persil Père Quest. V° saisie immob. sect. 8 §. 3. — Troplong I. 406. — Persil reg. hyp. ad art. 2118 N°. XI.) und es kann in der Jurisprudenz als feststehend betrachtet werden, daß die Immobilarklagen einer Person ihren Gläubigern nur in sofern zur Befriedigung gereichen, als letztere sie zufolge Art. 1166 B. G. B. Namens ihres Schuldners anstellen. Nichts destoweniger verlohnt es sich, die Argumentation Pigeau's einer Prüfung zu unterwerfen; hierbei sollen jedoch die vielen mehr äußerlichen Gründe, durch welche Pigeau einestheils die Möglichkeit einer Immobilarbeschlagnahme von Klagen, anderntheils die Nothwendigkeit, dem Gläubiger die Subhastation der betreffenden Klage zu gestatten, zu deduciren sucht, übergangen werden.

Der logische Schluß, mit welchem Pigeau seine Ansicht aus innern Gründen rechtfertigt, ist aber folgender:

„Der Art. 2093 B. G. B. erklärt alle Güter, folglich auch alle Immobilien des Schuldners für das gemeinsame Pfand seiner Gläubiger; die Expropriation ist aber der modus, den Art. 2093 in Bezug auf Immobilien zu realisiren, folglich müssen auch alle Immobilien expropriationsfähig sein, denn sonst würde der Schuldner entgegen dem Art. 2093 unbewegliche Güter haben, welche seinen Gläubigern nicht als Pfand dienen. Da nun die Im-

mobilarklagen zufolge Art. 526 B. G. B. zu den Immobilien gehören, so müssen sie auch der Expropriation unterliegen."

Die vorstehende Argumentation besteht eigentlich aus einer Reihe von Schlüssen, die hier nur der Kürze wegen zusammen gedrängt sind. Daß aber diese Folgerungen nicht richtig sind, ergibt sich sogleich, wenn man bedenkt, daß der Art. 2093 auch von den Mobilien redet, wie aus Art. 2092 hervorgeht und wenn man nun in Bezug auf die Mobilarklagen in gleicher Weise argumentirt:

„Der Art. 2093 erklärt alle Güter folglich auch alle Mobilien des Schuldners für das gemeinsame Pfand seiner Gläubiger, die Mobilarpfändung ist aber der Weg, den Art. 2093 in Bezug auf Mobilien zu realisiren, folglich müssen auch alle Mobilien dieser Pfändung unterliegen, denn sonst würde der Schuldner entgegen dem Art. 2093 bewegliche Güter haben, welche seinen Gläubigern nicht als Pfand dienen. Da nun die Mobilarklagen zufolge Art. 529 B. G. B. zu den Mobilien gehören, so müssen sie auch der Mobilarpfändung unterliegen"!!

Noch weniger haltbar ist der von Duranton, welchem Pigeau beistimmt, hinzugefügte Grund, daß der Art. 2204, weil er die in den Worten „sont seuls susceptibles d'hypothèques" liegende Restriktion des Art. 2118 nicht enthalte, einer Ausdehnung hinsichtlich derjenigen Immobilien fähig sei, welche er nicht speciell enthalte. (Duranton XXI, 7. fine). Dieser Grund ist deßwegen unhaltbar, weil er in seinen Konsequenzen dazu nöthigen müßte, die Möglichkeit der Subhastation einer Sache anzunehmen, an welcher keine Hypothek bestellt werden kann.

Aus dem Bisherigen ersieht man, daß die von Pigeau und Duranton aufgestellten Gründe nicht hinreichen, um die herrschende Lehre zu erschüttern, nach welcher Immobilarklagen kein Gegenstand der Subhastation sind.

## V. Vom Versatzrecht und vom Hypothekenrecht.

### §. 74.

1) Daß das Versatzrecht, welches namentlich unter der Herrschaft des Jülich-Bergischen Statutarrechts oft vorkam, unter der neuern Gesetzgebung nicht mehr zur Hypothek gestellt werden könne, ist oft erkannt worden (cf. Arch. 17. 1. 252. — 18. 1. 9. — 19. 1. 108); dagegen wurde durch ein Urtheil des II. Senats vom 18. März 1836 (Arch. 23. 1. 126) erkannt, daß wenigstens derjenige, welcher eine Liegenschaft zur Hypothek bestellt habe, sich der Subhastation nicht aus dem Grunde widersetzen könne, weil er nicht als Eigenthümer, sondern bloß als Versatznehmer besitze.

2) Nach altem Recht konnte eine Hypothek selbst wieder zur Hypothek gestellt und auf diese Weise ein Vorzugsrecht an dem Resultat der Hypothek begründet werden; indessen nennt das B. G. B. das Hypothekenrecht nicht

unter den Gegenständen der Hypothek und der Expropriation. Schon dies begründet den auch allgemein angenommenen Satz: „hypothèque sur hypothèque n'a lieu“ (Troplong I, 407. — Grenier I, 157). Ueberdies hat der Art. 778 B. P. O. den ausgesprochenen Grundsatz indirekt sanktionirt, denn nach diesem Artikel wird das, was ein Hypothekargläubiger im Ordreverfahren erhält, eintretenden Falls unter alle seine Gläubiger stets wie eine Mobilarmasse vertheilt. Also, wenn auch natürlicher Weise eine Subrogation in die Rechte des Hypothekargläubigers erlaubt ist, so ist doch keine Hypothek und keine Subhastation eines Hypothekenrechts möglich.

## Capitel V.

### Modifikationen der Regel, nach welcher alle ihrer Natur nach expropriationsfähigen Immobilien eines Schuldners von seinen Gläubigern subhastirt werden können.

§. 75.

Von der Regel, daß alle nach den Grundsätzen des vorigen Capitels an sich subhastationsfähigen Güter eines Schuldners von seinen Gläubigern subhastirt werden können, um in dem Kaufpreis ein Befriedigungsobjekt darzubieten, gibt es mehrere gesetzliche Ausnahmen und Modifikationen, indem nämlich theils gewisse Güter wegen einer gesetzlichen Begünstigung der Person des Eigenthümers, oder aus andern Gründen gar nicht oder wenigstens zur Zeit noch nicht der Subhastation unterworfen sind, theils als aber auch die dem Gläubiger im Allgemeinen zustehende Befugniß, alle Immobilien des Schuldners zusammen zu subhastiren, in gewissen Fällen Beschränkungen erleidet. Von allen diesen Fällen wird in gegenwärtigem Capitel die Rede sein.

### Abschnitt I. Ueber den Art. 2205 B. G. B.

§. 76.

Der Art. 2205 lautet:

Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage ou la licitation, qu'ils peuvent provoquer, s'ils le jugent convenable, ou dans lequel ils ont le droit d'intervenir conformément à l'article 882 au titre des successions.

Also der Antheil, den ein Miterbe an den Immobilien einer Nachlassenschaft in ungetheilter Gemeinschaft besitzt, kann von seinen persönlichen Gläubigern nicht vor der Theilung oder Licitation zum Zwangsverkauf gebracht werden. Diese Gläubiger haben andere Rechte: sie können die Theilung der Nachlassenschaft Namens ihres Schuldners hervorrufen oder in Gemäßheit des Art. 882 B. G. B. in eine etwa schon schwebende Theilungsprocedur interveniren und auf diesem Wege ihre Rechte wahren.

Die Bestimmung des Art. 2205 ist streng genommen kaum eine Ausnahme von der im vorigen Paragraphen aufgestellten Regel zu nennen, sondern eine natürliche Konsequenz des Art. 883 B. G. B., aus welchem folgt,

daß der Miterbe noch gar nicht als definitiver Eigenthümer selbst eines Theils der in ungetheilter Gemeinschaft befindlichen Immobilien gelten kann, weil er so angesehen wird, als habe er niemals das Eigenthum an einem besondern Immobile des Nachlasses gehabt, wenn dieses in Folge der Theilung oder auch nur der Licitation auf einen andern Miterben fällt.

Der Art. 2205 bedarf jedoch mehrfacher Erläuterungen:

## §. 77.

I. Das Verbot des Art. 2205 bezieht sich nur auf die besondern Gläubiger des einzelnen Miterben, nicht auf die Erbschaftskreditoren, die allerdings zugleich auch persönliche Gläubiger der einzelnen Miterben pro rata ihrer Antheile sind. Sie können aber ohne Weiteres die Immobilien der Nachlassenschaft subhastiren lassen, wenn nur allen Miterben nach Verhältniß ihrer Antheile ein Zahlungsbefehl zugestellt und der die Immobilien besitzende Miterbe aufgefordert wird, die ganze Schuld zu zahlen (cf. Grenier I. 158 und mehrere Urtheile daselbst, auch Sirey XIII. 2. 365. XXV. 2. 380.). Duranton ist jedoch der Ansicht, daß diejenigen Miterben, welche die Erbschaftsgläubiger für ihren Antheil befriedigt oder ein desfallsiges gültiges Anerbieten gemacht haben, sich auf den Art. 2205 berufen können, wenn letzterer gegen ein zur Succession gehöriges Immobile die Subhastation betreiben will (Duranton XXI. 15.). Indessen kann man der Ansicht von Duranton doch wohl nur für den Fall beistimmen, wenn der Extrahent des Verfahrens ein Chirographargläubiger ist, denn demjenigen Gläubiger, welcher eine sich vom Erblasser herschreibende Hypothek hat, würde das betreffende Grundstück immer jedenfalls hypothekarisch haften, wenn es auch in das Loos eines Miterben käme, der sich für seinen Antheil an der Schuld befreit hat.

## §. 78.

II. Der Art. 2205 verbietet nur die mise en vente; deswegen wurde bisweilen angenommen, daß er kein Verbot der Beschlagnahme enthalte, wonach also später das Verfahren auf Grund der Beschlagnahme fortgesetzt werden und der Zuschlag erfolgen könnte, wenn inzwischen das in Beschlag genommene Grundstück in das Loos des Schuldners gefallen, oder von ihm bei der Licitation erworben sein möchte (cf. Poitiers 20. August 1835, Sirey XXXV. 2. 478.).

Indessen ist die herrschende Lehre entschieden gegen diese Ansicht, welche auch bei dem Kassationshof zu Paris niemals Geltung gefunden hat (cf. Cass. 22. Juli 1822, Sirey XXII. 1. 436. — Sirey XXXIII. 2. 240. — Dalloz XXIV. p. 91. — Duranton XXI. 14. — Grenier I. 158. — Pigeau II. part. 5 tit. 4 chap. 1. — Persil fils comm. I. N°. 13.). Für die Ausschließung der Beschlagnahme sprechen auch offenbar dieselben Gründe, wie für die Nichtgestattung des Zuschlages, und aus dem Umstande, daß der

Art. 2205 nur von der „mise en vente" spricht, ist nichts Gegentheiliges herzuleiten, denn zu der Zeit, als der code civil in's Leben trat, bestand das Gesetz vom 11. Brumaire VII. noch in Kraft, welches keine von der Ankündigung des Verkaufs abgesonderte Beschlagnahme kannte, sondern gestattete, das Verfahren mit der Ankündigung des Verkaufs zu beginnen.

Ist daher gegen die Vorschrift des Art. 2205 eine Beschlagnahme vorgenommen worden, so kann ohne Weiteres gegen den Extrahenten die Nichtigkeit verlangt werden, ohne daß abgewartet zu werden braucht, ob der Schuldner und Subhastat etwa vor dem Licitationstermin alleiniger Eigenthümer des Grundstücks werden möchte.

Folgendes ist jedoch hierbei zu beachten: Ist die Nichtigkeitserklärung der Beschlagnahme nicht im Wege einer schon vor der Licitation eingelegten besondern Opposition verlangt worden und ist das betreffende Immobile vor dem Zuschlage definitiv in das Eigenthum des Subhastaten gekommen, so kann von einer Nichtigkeit des Expropriationsverfahrens nicht mehr die Rede sein. Dies ist nur eine natürliche Folge des Art. 883, nach welchem der subhastirte Miterbe untergebens so angesehen werden muß, als wenn er vom Todestage des Erblassers an, also auch zur Zeit der Beschlagnahme, bereits Eigenthümer gewesen wäre.

Ferner ist der Zahlungsbefehl, der ja nur das Exekutionsverfahren vorbereitet, ohne einen Theil desselben auszumachen, nicht deswegen nichtig und durch Opposition angreifbar, weil er die Beschlagnahme eines vom Schuldner in ungetheilter Gemeinschaft besessenen Grundstücks androht, denn wenn auch das Verbot des Art. 2205 nicht auf den Zuschlag zu beschränken ist, so bezieht es sich auf der andern Seite doch nur auf das eigentliche Vollstreckungsverfahren, welches erst mit der Beschlagnahme seinen Anfang nimmt.

## §. 79.

III. Ist die Vorschrift des Art. 2205 auch auf die Güter solcher Miteigenthümer auszudehnen, welche nicht Miterben sind?

Diese Frage ist eine sehr bestrittene; während nämlich oft die Ansicht geltend gemacht wird, daß der Artikel sich nur auf Miterben beziehe, weil er als Ausnahmegesetz strikte, zu interpretiren sei (vgl. Merlin Quest. mot. expr. forcée — Thomine Dem. N°. 743. — Paignon I. p. 51. §. 6. — Lachaize I. p. 116. — Paris 1. Juni 1807. Sirey 1807. 2. 666. — Paris 23. August 1811. Sirey XVII. 2. 320), werden dagegen ebenso oft die Bestimmungen des Art. 2205 unbedingt auf alle Arten von Miteigenthümern ausgedehnt. (cf. Merlin repert. mot. sais. imm. §. 3. N°. 2. — Persil fils comm. I, p. 15. N°. 11. — Grenier I, 158 fine. — Pailliet ad art. 2205. — Pau. 10. Dezember 1832. Sirey XXXIII. 2. 240). Die Wahrheit scheint in der Mitte zu liegen. Der Art. 2205 ist kein Ausnahmegesetz, wie schon im §. 76 gesagt wurde, sondern nur eine Folge aus dem Art. 883; er ist da-

her auch nicht, wie die Anhänger der ersten Meinung aufstellen, strickt zu interpretiren, sondern sein Gebiet muß soweit reichen, als auch das Gebiet des Art. 883 reicht, und da nun die eheliche Gütergemeinschaft und überhaupt jede Societät nicht nur der Form, sondern auch der Wirkung der Theilung nach, dem Miterbenthum gesetzlich gleichgestellt sind (Art. 1476 u. 1872 B. G. B.), so muß der Art. 2205, als die natürliche Folge des Art. 883, ebensowohl für das Miteigenthum der Gütergemeinschaftstheilhaber und sonstigen Gesellschafter, als auch für das Miteigenthum von eigentlichen Miterben gelten. Anders verhält es sich aber mit Miteigenthümern, die unter einander außer der s. g. communio incidens gar kein Rechtsverhältniß gemein haben. Während ein Miterbe oder Gesellschafter das gemeinschaftliche Grundstück vor der Theilung nicht einmal freiwillig verkaufen kann, oder wenigstens nur unter der sehr prekären Bedingung, daß bei der Theilung oder bei der Licitation das Grundstück gerade ihm zufallen werde, ist im Gegentheil derjenige, welcher sich in Bezug auf ein Grundstück in einer bloß zufälligen Gemeinschaft mit andern befindet, vom Beginne der Gemeinschaft an definitiver Eigenthümer seines Antheils. Zwar ist sein Eigenthum noch ungetheilt (pro indiviso) aber es kann ihm nicht mehr rückwirkend entzogen werden, wie dem Miterben in Folge des Art. 883; er kann sogar seinen Theil in natura verlangen und muß sich nur dann mit einem Antheil am Kaufpreise begnügen, wenn eine reelle Theilung unmöglich ist; sein Recht auf das Grundstück ist kein bloß eventuelles und, wenn der Verkauf eines solchen Miteigenthums überhaupt keine Schwierigkeit darbietet, und unbedenklich zulässig ist, so sieht man auch nicht ein, warum der Zwangsverkauf desselben nicht Statt finden sollte. Dazu kommt, daß der Art. 2205 nur der Miterben Erwähnung thut, und über seine Grenzen hinaus jedenfalls nicht weiter ausgedehnt werden darf, als seine ratio (der Art. 883) reicht.

Nur ist freilich nicht zu vergessen, daß der persönliche Gläubiger eines gewöhnlichen Miteigenthümers nur den ungetheilten Antheil seines Schuldners, nicht aber die gemeinschaftliche Immobilie im Ganzen subhastiren lassen kann, und daß auf den Ansteigerer nicht mehr übergeht, als eben das Miteigenthum, wie es dem Schuldner vorher zustand.

Die hier angenommene Meinung wird von Duranton und Delvincourt getheilt (vgl. Duranton XXI, 13 und ein Urtheil. Paris 1. Juni 1807. Sirey 1807. 2. 666.) und wenn man die zuletzt hinzugefügte Beschränkung festhält, widerspricht ihr auch nicht ein im Arch. 9. 1. 245 — 248 enthaltenes Urtheil des Appellhofes zu Köln.

Hiernach lautet die Antwort auf die im Eingang des Paragraphen gestellte Frage folgendermaßen:

Weder die von Miterben, noch auch die von Theilhabern einer Gütergemeinschaft oder Gesellschaft, ungetheilt besessenen Immobilien können jemals von den persönlichen Gläubigern eines einzelnen dieser Miteigenthümer

subhastirt werden und zwar auch dann nicht, wenn das Verfahren selbst auf den ideellen Antheil des Schuldners beschränkt würde; dagegen kann der ungetheilte Antheil eines jeden andern Miteigenthümers von seinen Gläubigern zwangsweise verkauft werden.

§. 80.

IV. Daß der Schuldner selbst die Vernichtung eines dem Art. 2205 entgegen eingeleiteten Subhastationsverfahrens nicht verlangen könne, ist bisweilen angenommen worden (Paris 27. August 1816. Sirey XVII. 2. 320); indessen hat er doch offenbar ein doppeltes und wohlbegründetes Interesse, sich dem Zwangsverkauf zu widersetzen, einmal als Miterbe oder Gesellschafter daß nicht die Theilung der Gemeinschaft erschwert werde — sodann ist er auch abgesehen von seiner Miterbenqualität dabei interessirt, daß nicht die Ansteigerer durch die Ungewißheit, ob der Zwangsverkauf nach der Theilung der Gemeinschaft bestehen bleiben könne, zurückgeschreckt werden, und daß nicht diese Ungewißheit den Verkauf zu einem Spottpreise veranlasse. Deßwegen wird auch dem Schuldner ziemlich allgemein das Recht zugesprochen, sich einer gegen die Vorschrift des Art. 2205 vorgenommenen Subhastation zu widersetzen. (cf. Nimes 10. Februar 1823. Sirey XXV. 2. 100. — Dalloz XXIV. p. 92 N°. 10. — Jpdc. du 19. siècle 1825. 2. 10 und 1827. 1. 69). Nur muß der Schuldner seine deßfallsige Opposition spätestens im Licitationstermin vorbringen (§. 19 Subh.-Ord.), während der Miterbe, in dessen Loos später das subhastirte Grundstück fallen möchte, dasselbe unbedenklich von dem Ansteigerer vindiciren kann, wenn er auch gegen das Verfahren nicht opponirt hat.

## Abschnitt II. Ueber die Art. 2206 und 2207 B. G. B.

§. 81.

Art. 2206: Les immeubles d'un mineur, même emancipé ou d'un interdit ne peuvent être mis en vente avaut la discussion du mobilier.

Art. 2207: La discussion du mobilier n'est pas requise avaut l'expropriation des immeubles possédés par indivis entre un majeur et un mineur ou interdit, si la dette leur est commune, ni dans le cas, ou les poursuites ont été commencées contre un majeur, ou avant l'interdiction.

Also die Immobilien eines Minderjährigen oder Interdicirten dürfen in der Regel nicht zum Zwangsverkauf gebracht werden, bevor die Exekution in das Mobilarvermögen dieser Personen versucht worden ist (avaut la discussion du mobilier).

Während der Art. 2205 nur als eine natürliche Folge des Art. 883 B. G. B. betrachtet und daher auf jedes Miteigenthum ausgedehnt wurde, auf welches der letztgenannte Artikel anwendbar ist, erscheint dagegen der Art. 2206 als wahres Ausnahmegesetz; er enthält nur ein persönliches Pri-

vilegium für den emancipirten oder nicht emancipirten Minderjährigen und für den Interdicirten, welches nicht auf andere Personen, z. B. nicht auf diejenigen, welche einen Rechtsbeistand haben (Art. 499, 513 B. G. B.), ausgedehnt werden darf. Die Verletzung des Art. 2206 erzeugt keine absolute Nichtigkeit des Expropriationsverfahrens, sondern die aus der Verletzung erwachsende Einrede muß für den Minderjährigen oder Interdicirten spätestens im Licitationstermin geltend gemacht werden. Später ist der Zwangsverkauf nicht mehr anfechtbar, wenn die Unterlassung der Opposition auch nur der Nachlässigkeit des Vormundes zuzuschreiben sein möchte. Dagegen ist die Ansicht von Thomine, daß der Minderjährige in einem solchen Falle das Rechtsmittel der requête civile gegen das Adjudikationsurtheil habe (Thomine Dem. N°. 741.), schon deswegen unhaltbar, weil die requête civile nur in den ausdrücklich durch das Gesetz eingeführten Fällen zulässig ist. In einem solchen Falle würde dem Minderjährigen nach dem Zuschlage vielmehr nur eine Entschädigungsklage gegen den Vormund, eventuell auch gegen den Gläubiger zustehen, wenn derselbe von der Zulänglichkeit des Mobilarvermögens gewußt hätte. (cf. Pigeau II. 203. — Grenier I. 476. — Persil fils comm. I. N°. 20.)

An die Auslegung des Art. 2206 knüpfen sich mehrere Fragen:

## §. 82.

I. Sind unter dem Ausdruck: „mobilier“ auch Forderungen begriffen?

Für die Verneinung der Frage würde der Grund sprechen, daß die Insufficienz der eigentlichen Mobilareffekten (der körperlichen Mobilien) immer ohne Schwierigkeit durch eine Beschlagnahme oder auch durch einen Karenz-Akt zu konstatiren ist, während der Gläubiger die vorhandenen Forderungen schwerer ermitteln kann. Indessen zerfällt dieser Grund durch die Erwägung, daß der Gläubiger, wenn ihm auch die vorherige Exekution in die Forderungen obliegt, doch niemals mehr zu thun braucht, als, nach den unten sub II. aufgestellten Regeln, geeignete Maßregeln zur Ermittelung der vorhandenen Forderungen zu ergreifen.

Man wird jedoch eine genügende Lösung der gestellten Frage in den Bestimmungen des Römischen Rechts, als der Quelle des Art. 2206, finden. Nach diesem Recht durften die Immobilien der Personen unter Tutel nicht ohne Erlaubniß des Richters zur Bezahlung von Schulden distrahirt werden (Digestorum liber XXVII. tit. 9.) und der Richter durfte die Veräußerung nur dann erlauben, wenn das ganze Mobilarvermögen inclusive der Forderungen zur Bezahlung der Schulden nicht hinreichte; die lex 5. §. 9 D. XXVII. 9. sagt nämlich, indem sie vom Prätor spricht:

Quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat, vel in numerato, vel in nominibus . . . .

Also auch dann, wenn die Schulden aus den Forderungen getilgt werden konnten, durften die Grundstücke nicht distrahirt werden. Diese Bestimmungen gelten zwar ursprünglich nur für den Fall, wenn der Vormund unbewegliche Güter des Mündels Schuldenhalber veräußern wollte; sie wurden aber auch auf den Fall ausgedehnt, wo der Pfandgläubiger die ihm verpfändete unbewegliche Sache des Minderjährigen distrahiren wollte (l. 7 §. 1. l. 5 §. 9 fine ibidem); auch er bedurfte hierzu der Erlaubniß des Richters, die ihm nur dann ertheilt wurde, wenn sich die Diskussion des Mobilarvermögens inclusive der Forderungen als ungenügend herausgestellt hatte.

Dasselbe Princip muß bei der Auslegung des Art. 2206 gelten, so daß also ein Gläubiger die Immobilien eines Minderjährigen oder Interdicirten nur dann subhastiren lassen kann, wenn das gesammte Mobilarvermögen des letztern sammt den ausstehenden Forderungen zu seiner Befriedigung nicht hinreicht (Bordeaux 30. Januar 1812, Sirey XIII. 2. 6. — Duranton XXI. 18). Ja sogar wurde in einem bei Sirey XIV. 1. 76 angeführten Urtheil angenommen, daß der Gläubiger selbst die im Laufe des Expropriationsverfahrens entdeckten Forderungen erst ausklagen müsse, ehe er das bereits begonnene Verfahren fortsetzen dürfe, welche Entscheidung jedoch dann sehr gewagt erscheinen möchte, wenn der Extrahent vor dem Verfahren die ihm nach dem folgenden Paragraphen obliegenden Schritte gethan hat, um die Sufficienz des Mobilarvermögens zu ermitteln.

## §. 83.

II. Wie weit ist der Gläubiger verpflichtet, die vorherige Diskussion des Mobilarvermögens zu versuchen, ehe er zur Subhastation der Immobilien schreiten darf?

Da der Art. 2206 die vorherige Diskussion des Mobilarvermögens zur conditio sine qua non macht, so muß der Gläubiger, der Regel nach, alle Exekutionsarten in das bewegliche Vermögen erschöpfen, ehe er zur Expropriation der unbeweglichen Güter schreiten darf; er muß also vorher z. B. das Mittel der Mobilarpfändung und in Bezug auf Forderungen den Weg des Drittarrestes oder der Klage in Gemäßheit des Art. 1166 versuchen, um zu seiner Befriedigung zu gelangen. Diese Regel würde aber in ihrer unbedingten Anwendung eine große Härte für den Gläubiger involviren, weil er dann vielleicht eine Reihe von Exekutionen vorzunehmen hätte und doch nur nach und nach theilweise Befriedigung erhalten könnte. Deswegen nahm die ältere Jurisprudenz, wie Grenier bezeugt (Grenier II. 476.), an, daß die Nichtigkeitserklärung eines Zwangsverkaufs von dem Minderjährigen stets nur dann verlangt werden könne, wenn er beweise, daß zur Zeit des Zuschlags hinreichendes baares Geld oder sonstiges Mobilarvermögen vorhanden gewesen sei, um die Forderung des poursuivirenden Gläubigers zu decken;

dem stimmt auch Thomine bei (Thom. Dem. N°. 741). Indessen kann diese Jurisprudenz heut zu Tage nicht mehr bestehen, denn der Art. 2206 fordert ausdrücklich eine vorherige Diskussion des Mobilarvermögens, d. h. den Versuch, aus demselben Befriedigung zu erhalten.

Auf der andern Seite besteht aber gewiß der Zweck des Artikels nicht darin, dem Minderjährigen oder Interdicirten lange Ausstände zu gewähren oder gar Theilzahlungen zu gestatten, sondern lediglich darin, die Expropriation werthvollerer Immobilien dieser Personen zu verhindern, wenn die ganze Forderung des Extrahenten aus dem minder werthvollen beweglichen Vermögen gedeckt werden kann; deßwegen nimmt eine konstante Jurisprudenz an, daß der Gläubiger allerdings vorab sich an dem Mobilarvermögen des Minderjährigen oder Interdicirten erholen müsse, daß aber die vorherige wirkliche Exekution in dieses Vermögen stets dann unnöthig sei, wenn auf irgend eine Weise die Insufficienz desselben zur Tilgung sämmtlicher Schulden bewiesen werden könne, und daß der Gläubiger dem Art. 2206 vollkommen genüge, wenn er vor der Beschlagnahme der Immobilien geeignete Schritte thue das vorhandene bewegliche Vermögen zu entdecken und in dasselbe zu exequiren.

So wird ein Karenzakt als genügender Beweis der Vergeblichkeit der Diskussion des Mobilars angesehen; es wäre in diesem Falle Sache des Minderjährigen und seiner Vertreter, andere genügende Vermögensstücke, zu denen nach §. 82 allerdings auch Forderungen gehören können, anzuweisen; ebenso kann durch eine Erklärung des Vormunds oder eine Verhandlung des Familienraths die Insufficienz des beweglichen Vermögens konstatirt werden. (Paris 2. August 1814. Journal du Pal. 1814 p. 559). Handelt es sich von einer Person unter Vormundschaft, so hat es auch nach dem code civil keine Schwierigkeit, die von Grenier I, 476 princ. und von Pigeau II, 201 gebilligte alte Praxis beizubehalten. Hiernach wurde der Vormund vor das Gericht, in dessen Bezirk die saisie réelle Statt finden sollte, geladen, um in einer angemessenen Frist eine kurze Vermögensübersicht zu geben und die der Exekution fähigen beweglichen Güter anzuweisen. Gab dann der Vormund diese Vermögensübersicht nicht, so wurde er nach der Praxis einiger Tribunale für persönlich verpflichtet erklärt, den Gläubiger zu bezahlen, von andern aber wurde der Grundsatz festgehalten, daß in diesem Falle keine weitere Diskussion erforderlich sei, sondern sofort zur Beschlagnahme der Immobilien des Minderjährigen geschritten werden könne. Letzteres Verfahren wird auch nach der Subh.-Ord. praktisch sein: der Gläubiger fordere den Vormund auf, in einer angemessenen Frist auf der Gerichtsschreiberei des der Lage der zu subhastirenden Grundstücke nach zuständigen Friedensgerichts eine kurze Vermögensübersicht zu hinterlegen; geschieht dies nicht oder ergibt sich aus derselben die Insufficienz des Mobilarvermögens, so wird ohne Weiteres zur Beschlagnahme der Immobilien des Minderjährigen geschritten werden können, und zwar wird die vorläufige

Beurtheilung der Sufficienz dem Friedensrichter zustehen, mit der Modifikation jedoch, daß jeder in Bezug hierauf entstehende Streit durch Opposition zur Entscheidung des Landgerichts zu bringen ist. Ist jedoch der Schuldner ein emancipirter Minderjähriger, so wird zwar ein Karenzakt genügen; kann der Gläubiger aber nicht durch einen solchen Akt oder durch andere Mittel die Insufficienz des Mobilarvermögens darthun, so wird er gegen den frühern Vormund die Ablegung der Vormundschaftsrechnung zu betreiben haben, wenn sie noch nicht abgelegt sein sollte, (Pigeau II, 202), in welchem Falle die Klage jedoch vor dem Gericht des Domicils des Vormunds anzustellen ist. Er wird aber auch den Emancipirten selbst ebenso zur Aufstellung einer Vermögensübersicht auffordern können, wie sonst den Vormund.

Ueberhaupt hängt die Beantwortung der Frage, ob der Gläubiger hinreichende Schritte gethan habe, um dem Art. 2206 zu genügen und ob Unzureichendheit des Mobilarvermögens anzunehmen sei, stets von den Umständen ab, ohne daß in dieser Beziehung allgemein gültige Regeln aufgestellt werden könnten. Dagegen genügt der Extrahent nicht bloß dadurch dem Art. 2206, daß er, in dem Zahlungsbefehl zugleich die Mobilarexekution androht und Befriedigung aus dem beweglichen Vermögen verlangt. (Vgl. auch Pailliet ad art. 2206, 2207. — Merlin repert. V°. sais. imm. §. 3. — Duranton XXI, 17. — Persil fils comm. I, N°. 22).

## §. 84.

III. Verbietet der Art. 2206 auch die Beschlagnahme und den Zahlungsbefehl oder bloß den Zuschlag vor der Diskussion?

Aus dem Ausdruck: „ne peuvent être mis en vente“ leitet Pigeau her, daß blos der Zuschlag vor der Diskussion verboten sei (Pigeau II, 201), obgleich er in dem gleichlautenden Ausdruck des Art. 2205 auch ein Verbot der Beschlagnahme findet (cf. supra §. 78); er stützt sich jedoch auf das alte Gesetz vom 30. Januar 1666, welches allerdings für die Beschlagnahme (saisie) nicht die vorherige Diskussion verlangte. Indessen sprechen offenbar dieselben Gründe, welche im §. 78 in Bezug auf den Art. 2205 angeführt sind, auch für die Annahme eines Verbots der Beschlagnahme durch den Art. 2206; überdies versteht der code civil unter „vente“ auch an andern Stellen das ganze Expropriationsverfahren (z. B. im Art. 2213) und wo er die Beschlagnahme gestatten, aber den Zuschlag suspendiren will, trägt er Sorge, dies besonders auszudrücken z. B. im Art. 2213 und 2215, von welcher Unterscheidung sich jedoch im Art. 2206 nichts findet; im Gegentheil wenn das Gesetz nur auf den Zuschlag ein besonderes Gewicht legte, so würde es nicht im zweiten Fall des folgenden Art. 2207 den Zuschlag gegen einen Minderjährigen ohne vorherige Diskussion gestatten. Deßwegen kann man nicht umhin anzunehmen, daß auch die Beschlagnahme nicht geschehen darf, bevor eine nach dem vorigen Paragraphen genügende Diskussion vor-

gekommen ist. (Persil fils comm. I, N°. 18. — Dalloz XXIV, p. 105 N°. 12. — Grenier I, 476. — Merlin a. a. O. N°. 5. §. 1. — Duranton XXI, 16). Dagegen hindert der Mangel vorheriger Diskussion die Erlassung des Zahlungsbefehls nicht, da derselbe keinen Theil des Expropriationsverfahrens selbst bildet.

§. 85.

IV. Die voraufgehende Diskussion im Sinne des §. 83 ist dann nicht nöthig: 1) wenn ein dem Minderjährigen oder Interdicirten zusammen mit einem Großjährigen gehörendes Grundstück wegen einer ihnen gemeinschaftlichen Schuld subhastirt wird; 2) wenn das Verfahren gegen einen Großjährigen oder vor der Interdiktion bereits begonnen war.

Hierzu ist weiter nichts zu bemerken, als daß die zweite Ausnahme der Regel dann nicht eintritt, wenn gegen den Großjährigen oder vor der Interdiktion bloß ein Zahlungsbefehl erlassen war, weil der Zahlungsbefehl wie schon oft gesagt, keinen Theil des Expropriationsverfahrens ausmacht. (Duranton XXI, 22).

## Abschnitt III. Von den Immobilien, welche wegen besonderer Rechtsverhältnisse nicht subhastirt werden können.

§. 86.

Alle Immobilien, welche nicht veräußert oder mit Hypotheken beschwert werden dürfen, sind auch nicht Schulden halber durch Subhastation angreifbar; so verhält es sich z. B. mit Majoratsgütern (cf. Decret 1. März 1808 Art. 40. — Gesetz vom 29. Mai 1823 und 25. Februar 1826) und überhaupt mit allen Gütern, für welche ein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht. In den folgenden Paragraphen sollen einige hier in Betracht kommende Rechtsverhältnisse berührt werden.

§. 87.

Eigentliche Dotalgüter können während der Ehe nicht subhastirt werden, es sei denn, von solchen Gläubigern, welche schon vor Bestellung der dos eine Hypothek an dem Dotalgrundstück besaßen, oder von solchen Chirographargläubigern der Frau, deren Forderungstitel schon vor dem Heirathsvertrag ein sicheres Datum hatten (arg. art. 1558 al. 4), ferner können Dotalgrundstücke dann subhastirt werden, wenn die Veräußerlichkeit in dem Heirathsvertrage ausbedungen war, (Art. 1557) in diesem Falle jedoch nur von dem mit einer gültigen Hypothek versehenen Gläubiger und auch nur dann, wenn der Heirathsvertrag zugleich die Verpfändung erlaubte, weil Ausnahmeverträge strikt zu interpretiren sind. (Delvincourt III, 112. — Duranton XV, 489. — Sirey XXX, 1. 68. XXXVI. 1. 434. XXXVII. 1. 190).

Der Art. 1558 erlaubt in mehren Fällen — nämlich, um einen der Ehegatten aus dem Gefängniße zu ziehen, um der Familie Alimente zu geben, um große Reparaturen, welche durchaus nöthig sind, vorzunehmen, und um frühere vor dem Heirathsvertrag mit einem sichern Datum versehene Schulden der Frau oder der Besteller der dos zu bezahlen — eine Veräußerung des Dotalgrundstücks mit Erlaubniß des Gerichts. In allen diesen Fällen kann auch mit Erlaubniß des Gerichts zu den im Art. 1558 ausgedrückten Zwecken eine Hypothek bestellt werden (Grenier I, 34 princ.), und wenn dies geschieht, wird der Gläubiger, welcher auf diese Weise eine Hypothek erhalten hat, auch während der Ehe das Dotalgrundstück subhastiren lassen können. Freilich bedarf es in Bezug auf den letztern der angeführten Fälle, für den Gläubiger, welcher schon vor dem Heirathsvertrag eine Forderung gegen die Frau hatte, niemals noch der Bestellung einer besondern Hypothek, um das Dotalgrundstück subhastiren lassen zu dürfen, und für den Gläubiger des Bestellers der dos nur in sofern, als er zur Zeit des Heirathsvertrages noch bloßer Chirographargläubiger war.

In wiefern nach den Art. 1555 — 1556 eine Veräußerung des Dotalfundus zur Ausstattung der Kinder zulässig ist, kann er auch verpfändet und dann von dem Hypothekargläubiger selbst während der Ehe zwangsweise verkauft werden. (Duranton XV, 492. — Grenier I, 34). Eine eingetauschte Liegenschaft steht übrigens der dotalen gleich, wenn bei dem Tausch die Vorschriften des Art. 1559 B. G. B. beobachtet worden sind; sind dagegen diese Vorschriften nicht beobachtet worden, so kann die eingetauschte Liegenschaft ohne Weiteres von den Gläubigern der Frau in Beschlag genommen werden (cf. Limoges 3. Mai 1837. Sirey XXXVII, 2. 289).

Wenn nach dem obigen ein Dotalgrundstück ausnahmsweise subhastirt werden kann, so ist das Verfahren gegen den Mann und gegen die Frau zu richten.

## §. 88.

Werden einer Person von Eltern oder Geschwistern Grundstücke vermacht oder geschenkt mit der Bedingung, sie zu konserviren und auf ihre Kinder kommen zu lassen (avec la charge de conserver et de rendre; art. 1046 ff. B. G. B.), so können diese Grundstücke gegen den mit der Restitution beschwerten Vermächtniß- oder Schenknehmer unter den nachfolgenden Modifikationen subhastirt werden: 1) von seinen eignen Gläubigern — aber nur mit der Beschränkung, daß die zu diesen Grundstücken berufenen Kinder des Subhastaten sie frei zurückfordern können, sobald die Bedingung des Anfalls eintritt. 2) Von den Gläubigern desjenigen, der die Grundstücke legirt hat, unbedingt, dagegen von den Gläubigern desjenigen, der sie durch Akt unter Lebenden geschenkt hat, nur dann, wenn die Schuld eine hypothekarische ist und schon vor der Schenkung bestand. Die frühern Gläubiger

des Schenkgebers, welche keine Hypothek haben, können nicht subhastiren; sie könnten höchstens, wenn im Uebrigen die Erfordernisse der actio Pauliana vorhanden sein möchten, die Vernichtung der Schenkung verlangen, während diejenigen Gläubiger, deren Forderungen gegen den Schenkgeber erst nach der Schenkung entstanden sind, niemals auf die geschenkten Grundstücke rekurriren können.

## §. 89ᵃ.

Unter analoger Anwendung der Art. 581 Nº. 3—4 und 582 B. P. O. wird oft aufgestellt, daß auch diejenigen Immobilien, welche von einem Testator oder Geschenkgeber aus dem disponiblen Theil mit der Erklärung der Befreiung von jeder Beschlagnahme gegeben sind, gegen den Erwerber von seinen zur Zeit der Schenkung oder des Vermächtnißanfalles bereits vorhandenen Gläubigern gar nicht, von den spätern, aber nur mit Erlaubniß des Gerichts und für den von ihm zu bestimmenden Theil subhastirt werden dürfen, daß ferner die zum Zweck der Alimentation geschenkten oder legirten Immobilien auch dann nicht in Beschlag genommen werden dürfen, wenn selbst der Testator oder Schenkgeber dies nicht ausdrücklich verboten hat. (Pigeau comm. II, p. 272. — Duranton XXI, 10).

Indessen möchte doch eine solche Ausdehnung des Art. 581 B. P. O., der in dem von dem Drittarrest handelnden Titel steht und sich zunächst nur auf Forderungen, also auf Mobilien bezieht, bedenklich erscheinen und wenn auch der Art. 1981 B. G. B. für ohne Entgelt konstituirte Leibrenten, eine ähnliche Stipulation erlaubt, so wird hierdurch wiederum nur ein bewegliches Vermögensstück der Exekution entzogen; beide Artikel begründen exorbitante Ausnahmen der Regel des Art. 2093 B. G. B., nach welcher alle Güter einer Person das gemeinsame Pfand ihrer Gläubiger sind, einer Regel, bei welcher die Gesellschaft so sehr interessirt ist, daß sie ohne dieselbe kaum bestehen könnte; man wird daher schwer dazu übergehen können, die betreffenden Ausnahmegesetze, welche sich, wie gesagt, nur auf bewegliches Vermögen beziehen, sogar auf Immobilien auszudehnen, da die hieraus mehr oder weniger hervorgehende Erschütterung des Hypothekensystems weit bedenklichere Folgen haben würde, als die Unpfändbarkeit beweglicher Güter. In der That theilen mehrere Schriftsteller die hier ausgesprochene Ansicht. (Carré et Chauv. Qu. 2198 bis §. III. — Favard II, p. 493. Nº. 3.)

## §. 89ᵇ.

Abgesehen von den Privilegien des Fiskus, welche durch besondere Gesetze regulirt sind (Dekret 1. Germ. XIII, Gesetz 5. September 1807, 21. November 1808) können die Immobilien eines Falliten nur so lange subhastirt werden, als noch keine Union der Gläubiger zu Stande gekommen ist, und noch keine definitiven Syndiken ernannt sind, und zwar steht nur

denjenigen Gläubigern, welche an bestimmten Grundstücken eine Hypothek haben, das Recht zu, dieselben zur Subhastation zu bringen. (Vgl. auch §. 38).

Da der Art. 532 H. G. B. bestimmt, daß die definitiven Syndiken allein befugt seien, den Verkauf der Immobilien des Falliten zu betreiben, wenn vor ihrer Ernennung noch keine „action en expropriation" angestellt sei und da der Zahlungsbefehl nicht mit zum Expropriationsverfahren gehört, so folgt hieraus, daß nur dann von einer Subhastation der Immobilien des Falliten die Rede sein kann, wenn die Beschlagnahme vor der Ernennung der definitiven Syndiken verfügt worden ist.

## Abschnitt IV. Von den durch die Art. 2210 und 2211 B. G. B. und durch das Gesetz vom 14. November 1808 eingeführten Beschränkungen.

### §. 90.

Art. 2210. La vente forcée des biens situés dans différens arrondissements ne peut être provoquée que successivement, a moins qu'ils ne fassent partie d'une seule et même exploitation.

Elle est suivie dans le tribunal, dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation ou à défaut de chef-lieu, la partie de biens qui présente le plus grand revenu, d'après la matrice du rôle.

Art. 2211. Si les biens hypothéqués au créancier et les biens non hypothéqués, ou les biens situés dans divers arrondissemens, font partie d'une seule et même exploitation, la vente des uns et des autres est poursuivie ensemble, si le débiteur le requiert; et ventilation, se fait du prix de l'adjudication s'il y a lieu. Gesetz vom 14. November 1808.

§. 42. Subh.-Ord.: Die Art. 2210 u. 2211 des C. G. B. werden dahin modificirt, daß die dort über die Bezirke oder Arrondissements gegebenen Bestimmungen von den jetzt bestehenden landräthlichen Kreisen zu verstehen sind.

Der Kreis hat in der Rheinprovinz eine ganz andere Bedeutung als das Arrondissement in Frankreich. Zwar ist die Eintheilung des Territoriums sowohl in Kreise, als auch in Arrondissements von Hause aus, eine administrative; aber in Frankreich fallen die Arrondissements mit alleiniger Ausnahme des mehre Arrondissements umfassenden Tribunals der Seine mit den Bezirken der Gerichte erster Instanz zusammen und auch selbst hinsichtlich des Tribunals der Seine ist man darüber einig, daß dasselbe im Sinne der Art. 2210, 2211 B. G. B. und des Gesetzes vom 14. November 1808, als ein einziges Arrondissement betrachtet werden müsse (vgl. Chauveau sur Carré p. Qu. 2198 bis §. II. N°. III.); in der Rheinprovinz dagegen umfaßt jedes Rheinische Landgericht mehre landräthliche Kreise.

Da sich nun die Kompetenz der Gerichte erster Instanz auf die Sub-

hastation aller in ihrem Sprengel gelegenen Grundstücke, einerlei zu welchem Kreise sie gehören, gleichmäßig bezieht, so stehen die Specialbestimmungen der angeführten Artikel des B. G. B. und des Gesetzes vom 14. November 1808 in völliger Harmonie mit den allgemeinen Kompetenzverhältnissen und, wenn sie auch ihren eigentlichen Grund nicht in diesen Verhältnissen haben, so sind sie doch vom Gesetzgeber absichtlich mit ihnen in Einklang gesetzt. — Der §. 42 Subh.-Ord. dagegen, indem er an die Stelle, der mit den Gerichtssprengeln identischen Arrondissements, landräthliche Kreise, also Theile der Gerichtssprengel setzt, stört diese Einheit der Principien, so daß nunmehr die Art. 2210 und 2211 B. G. B. in ihrer durch den §. 42 Subh.-Ord. veränderten Bedeutung kein zum Ganzen der Subhastationslehre passender Theil sind. Damit dies recht deutlich werde, möge es erlaubt sein, zunächst die, abgesehen von dem §. 42 Subh.-Ord. bestehenden, Rechtsverhältnisse einer Betrachtung zu unterwerfen.

## §. 91.

Da es ein allgemein gültiges Princip unseres Rechts ist, daß der Gläubiger in der Wahl der Exekutionsmittel unbeschränkt und daher auch befugt ist, nicht nur Vollstreckungen verschiedener Gattung zu kumuliren, sondern auch eine einzelne Exekutionsart, z. B. die Subhastation, gegen verschiedene Vermögensstücke des Schuldners zugleich zu richten, so würde hieraus, abgesehen von den Art. 2210 und 2211 B. G. B., das weitere folgen, daß der Gläubiger alle Immobilien seines Schuldners zu gleicher Zeit und gemeinschaftlich zum Zwangsverkauf zu bringen berechtigt wäre. Da jedoch ein bei den Gerichten eingeleitetes Expropriationsverfahren sich der Natur der Sache nach nicht auf außerhalb des Sprengels gelegene Grundstücke ausdehnen kann, so würde, wenn es keine weiteren Specialbestimmungen gäbe, das so eben als allgemein gültig bezeichnete Princip in folgende Rechtssätze zusammengefaßt werden müssen:

1) Alle in dem Sprengel eines Tribunals erster Instanz belegenen Grundstücke desselben Schuldners, können vor diesem Gericht nicht nur gleichzeitig, sondern auch in einem Verfahren sub hastam gestellt werden, einerlei ob sie zusammen gehören und einen Verkauf en bloc vertragen, oder ob sie abgesonderte Parzellen bilden und daher auch parzellenweise ausgesetzt werden müssen.
2) Die in verschiedenen Sprengeln gelegenen Grundstücke können zwar stets gleichzeitig saisirt und zum Zwangsverkauf gebracht werden, jedoch nur in verschiedenen vor den respectiven Tribunalen ihrer Lage besonders betriebenen Verfahren. —

Den ersten dieser Rechtssätze hat das B. G. B., wie auch das Gesetz von 1808 unverändert bestehen lassen, denn indem beide nur den Simultanverkauf der in verschiedenen Arrondissements gelegenen Grundstücke ver-

bieten, lassen sie das gemeinschaftliche Verfahren für die in demselben Arrondissement, oder was nach dem vorigen Paragraphen dasselbe ist, für die in demselben Gerichtssprengel belegenen Immobilien, unter allen Umständen zu.

Der sub 2 aus dem Princip gefolgerte Rechtssatz erregte jedoch größere Bedenken, deßwegen führten die Art. 2210 und 2211 B. G. B., für die in verschiedenen Gerichtssprengeln gelegenen Immobilien andere Rechtsnormen ein, von denen im folgenden Paragraphen die Rede sein soll.

## §. 92.

Die Einführung dieser neuen Rechtsnormen beruhte auf dem doppelten Motiv, einestheils dem Schuldner nicht die Kosten und Nachtheile eines mehrfachen Expropriationsverfahrens an verschiedenen Gerichten aufzubürden, wo vielleicht ein einziges zur Befriedigung des Gläubigers hinreichte, (cf. Duranton XXI, 25. — Grenier II, 479) anderntheils die Dismembration eines in verschiedenen Gerichtssprengeln gelegenen, zusammengehörigen Gutes zu verhüten; deßwegen wurde einmal das Verbot ausgesprochen, Grundstücke eines und desselben Schuldners, die in verschiedenen Arrondissements liegen, in anderer Weise, als eins nach dem andern (successivement) zum Zwangsverkauf zu bringen, sodann aber wurde die neue Modifikation in das Gesetz gebracht, daß Immobilien, welche zu einer und derselben Bewirthschaftung (exploitation) gehören, auch dann vor dem Forum eines und desselben Gerichts verkauft werden können, wenn sie auch in verschiedenen Arrondissements liegen.

Die Art. 2210 und 2211 B. G. B. enthalten hiernach allerdings Modifikationen des im vorigen Paragraphen aufgestellten Princips; da aber nach §. 90 supra die Arrondissements, von denen die Artikel reden, mit den Gerichtssprengeln zusammen fallen, so stehen diese Modifikationen in derselben Harmonie mit den allgemeinen Kompetenzverhältnissen, wie das modificirte Princip selbst; hier wie dort kommt die Lage der Grundstücke nur in sofern in Betracht, als sie in verschiedene Gerichtssprengel fällt. Eine nähere Betrachtung der betreffenden Gesetzesstellen wird dies noch deutlicher machen. Der Art. 2210 enthält einmal das Verbot, die in verschiedenen Arrondissements gelegenen Grundstücke gleichzeitig zum Zwangsverkauf zu bringen, und wendet sodann das Princip des Gesammtverkaufs der zu einer Bewirthschaftung gehörenden Grundstücke auf das Recht des Gläubigers an, indem er ihm die Befugniß ertheilt, ohne Weiteres und ohne einer besondern Erlaubniß zu bedürfen, den Zwangsverkauf zusammengehöriger Grundstücke nicht nur gleichzeitig, sondern auch sogar in einem gemeinschaftlichen Verfahren zu betreiben und zwar vor demjenigen Gericht, in dessen Sprengel der Hauptsitz der Bewirthschaftung oder der nach dem Kataster ertragfähigste Theil liegt.

Der Art. 2211 dagegen enthält die Anwendung desselben Princips auf das Recht des Schuldners: er kann stets den Gesammtverkauf der zusammengehörigen Grundstücke verlangen, sowohl dann, wenn sie in demselben Arron-

dissement liegen, aber dem Gläubiger nur theilweise zur Hypothek stehen, als auch dann, wenn sie in verschiedenen Arrondissements liegen.

So ist der Art. 2211 (entgegen Duranton XXI, 27) zu verstehen, denn, daß er sich nur auf solche Grundstücke bezieht, die zu derselben Bewirthschaftung gehören, geht sowohl aus seinem Zusammenhang mit dem vorigen Artikel, als auch aus seinen Worten ausdrücklich hervor, indem er sagt:

„Si les biens (hypothéqués et non hypothéqués ou les biens situés dans divers arrondissemens) font partie d'une seule et même exploitation.“

Hiernach war der Fall, wo Immobilien zur derselben Bewirthschaftung gehören, durch die Art. 2210 und 2211 B. G. B. vollständig geregelt und das spätere Gesetz vom 14. November 1808 bezieht sich also nur auf solche Immobilien, die nicht zu derselben Bewirthschaftung gehören. Während nämlich das Verbot des Simultanverkaufs als in der Regel fortbestehend vorausgesetzt wurde, erschien es doch bedenklich, den Gläubiger bei vorhandener Insufficienz der Grundstücke des Schuldners zu nöthigen, erst das Expropriationsverfahren in dem einen Gerichtssprengel vollständig zu beendigen, ehe es ihm erlaubt wäre, das Verfahren gegen die in einem andern Sprengel gelegenen Grundstücke auch nur zu beginnen; während also der Art. 2210 untergebens jeden andern Verkauf als den successiven verbietet, mildert das Gesetz von 1808 dieses starre Verbot, indem es dem Gläubiger gestattet, für den Fall der Insufficienz, mit Erlaubniß des Präsidenten des Gerichts des Wohnorts, den Zwangsverkauf der in verschiedenen Arrondissements oder Gerichtssprengeln gelegenen Immobilien gleichzeitig, jedoch in getrenntem Verfahren vor den respectiven Gerichten, zu betreiben.

Wer erkennt nicht die vollkommene Harmonie, in welcher diese Specialgesetze mit den Principien des Gerichtsstandes der Subhastation stehen?

Die Zuständigkeit eines Gerichts umfaßt alle in seinem Sprengel belegenen Immobilien gleichmäßig; deßwegen bleibt die Rechtsnorm bestehen, nach welcher die in einem Sprengel gelegenen Immobilien alle in einem Verfahren vor ihrem Gericht subhastirt werden dürfen, mögen sie nun, als ein Ganzes zu einer Licitation en bloc Veranlassung geben oder parcellenweise ausgesetzt werden müssen; — und, indem der Gesetzgeber, aus billiger Berücksichtigung der Lage des Schuldners, nicht den gleichzeitigen Verkauf aller seiner Güter zulassen wollte, hütete er sich wohl, die gleichmäßige Zuständigkeit der Gerichte in Betreff aller in ihrem Sprengel gelegenen Immobilien zu alteriren und verbot nur das gleichzeitige Verfahren gegen die Grundstücke in verschiedenen Sprengeln — indem er ferner Modifikationen dieses Verbots aufstellte, trug er Sorge, den konkurrirenden Gerichten ihre Kompetenz zu wahren, denn im Falle der Art. 2210 und 2211, folgen die in dem einen Sprengel gelegenen Theile eines größern Gutes nur deßwegen dem in einem andern Gerichtsbezirk gelegenen Hauptgrundstück, weil sie für sich nach der Fiktion des Gesetzes keine abgesonderte Existenz haben

und daher als ein bloß über die Grenze herausragender Theil des in dem andern Sprengel gelegenen Hauptgrundstücks betrachtet werden; im Fall des Gesetzes vom 14. November 1808 dagegen, wo kein Verhältniß zwischen Zubehör und Hauptsache Statt findet, ist zwar ein gleichzeitiges, jedoch vor den respectiven Gerichten abgesondert zu haltendes Verfahren zulässig. (Art. 4 des Gesetzes.)

§. 93.

Diese Principien sind in der That so natürlich und so sehr aus der Sache selbst hervorgehend, daß ihre Anwendung auch unter der Herrschaft der Subh.-Ord. nicht der geringsten Schwierigkeit unterliegen würde, wenn nicht der §. 42 ein fremdes Element hereinbrächte; da nämlich die Gerichte erster Instanz auch unter der Herrschaft der Subh.-Ord. der Gerichtsstand der Subhastation sind, indem die Friedensrichter nur als Commissarien der Landgerichte fungiren, so hätte man bloß „arrondissement" mit „Landgerichtsbezirk" zu übersetzen und es würden dann die in verschiedenen Friedensgerichtsbezirken, aber zugleich in demselben Landgerichtsbezirk gelegenen Immobilien, unter allen Umständen vor einem nach §. 1 al. 2. Subh.-Ord. von dem Landgericht zu ernennenden Friedensgericht in einem Verfahren zu subhastiren sein, und für die in verschiedenen Landgerichtsbezirken gelegenen Immobilien würden die Art. 2210 — 2211 B. G. B. und das Gesetz vom 14. November 1808 in Kraft treten.

So sehr es auch zu bedauern ist, daß der §. 42 Subh.-Ord. diese Uebereinstimmung gestört hat, und so sehr auch die Aufhebung desselben auf dem Wege der Gesetzgebung wünschenswerth wäre, so kündigt er sich doch ausdrücklich als eine Modifikation der betreffenden Artikel des B. G. B. an und die Interpretation ist daher gezwungen, für das Rheinische Recht als geltende Regel anzuerkennen, daß, abgesehen von dem stets zulässigen Simultanverkauf im Fall der gemeinschaftlichen Bewirthschaftung, die in verschiedenen landräthlichen Kreisen gelegenen Grundstücke eines Schuldners nur successiv verkauft werden dürfen, wenn die betreffenden Kreise auch in demselben Landgerichtssprengel liegen möchten. Dagegen bezieht sich der §. 42 Subh.-Ord. nicht auf das Gesetz vom 14. November 1808, und da letzteres Gesetz ein ganz besonderes Gebiet beherrscht, so kann auch auf diesem Gebiet der landräthliche Kreis nicht in Betracht kommen. Was damit gemeint sei wird sogleich klar werden.

Zwar kann die Rechtsnorm, nach welcher der Simultanverkauf der in verschiedenen Kreisen selbst innerhalb desselben Landgerichtsbezirks gelegenen Immobilien verboten ist, nach dem deutlichen Inhalt des §. 42 Subh.-Ord. nicht geläugnet werden; aber sie muß ausfallen, sobald die Voraussetzungen des Gesetzes von 1808 begründet sind. Hat daher der persönliche Richter zufolge Art. 3 des Gesetzes wegen Insufficienz der Güter des Schuldners

die Erlaubniß gegeben, die in verschiedenen Landgerichtsbezirken oder auch nur in verschiedenen Kreisen gelegenen Immobilien gleichzeitig zu subhastiren, so findet nicht mehr ein nach Kreisen gesondertes Verfahren Statt; sondern, liegen die Immobilien in einem Landgerichtsbezirk, so ist nach §. 1 al. 2 Subh.=Ord. blos ein Friedensrichter zu ernennen, liegen die Immobilien jedoch in mehren Landgerichtsbezirken, so ernennt jedes Landgericht für sämmtliche in seinem Sprengel liegenden Grundstücke einen einzigen Friedensrichter.

Nachdem auf diese Weise das Verhältniß des §. 42 Subh.=Ord. zu den frühern Gesetzen festgestellt worden ist, kann zu einem nähern Eingehen auf den Inhalt der betreffenden Gesetze übergegangen werden.

## §. 94.

Will der Gläubiger von der ihm durch den Art. 2210 B. G. B. ertheilten Befugniß Gebrauch machen und die zu einer Bewirthschaftung gehörenden Immobilien zum gemeinschaftlichen Verkauf bringen, so gehört das Verfahren nach dem al. 2 des Artikels vor dasjenige Landgericht, in dessen Bezirk sich der Hauptsitz der Bewirthschaftung oder der nach dem Kataster ertragfähigste Theil der Grundstücke befindet; hiermit ist zugleich für das Rheinische Recht der Friedensrichter bestimmt, vor welchem die Subhastation geschehen muß; denn, da die Friedensrichter als beständige Commissarien der Landgerichte fungiren und deßwegen niemals eines besondern Auftrages bedürfen, wo sich ihre Zuständigkeit schon von selbst aus der Lage der Grundstücke ergibt, so folgt daraus auch, daß die Subhastation vor dasjenige Friedensgericht gehört, in dessen Bezirk der Hauptsitz der Bewirthschaftung oder der werthvollste Theil der Grundstücke liegt; in dem Bezirk dieses Friedensgerichts ist durch den Zahlungsbefehl ein Domicil zu wählen und von dieser Gerichtsstelle muß die Beschlagnahme ausgehen, ohne daß es einer weitern Delegation durch das Landgericht bedürfte. Ist daher dem Friedensrichter das Faktum der gemeinschaftlichen Bewirthschaftung bekannt, oder wird ihm hierüber der Nachweis geliefert, so wird er ohne Frage befugt sein, den gleichzeitigen Beschlag sowohl der in seinem Bezirk als auch der in einem andern Canton, ja selbst in einem andern Landgerichtsbezirk gelegenen Immobilien zu verfügen. Behauptet dann der Schuldner, der Fall der gemeinschaftlichen Bewirthschaftung liege nicht vor, so hat er diesen Streit im Wege der Opposition an dem Landgerichte anhängig zu machen, von welchem das betreffende Friedensgericht ressortirt.

Während ein im Arch. 10. 1. 175. erwähnter Beschluß des Landgerichts zu Köln noch von der Voraussetzung ausgeht, daß das Landgericht auch dann und sogar **nur** dann einen Friedensrichter zu ernennen habe, wenn die in verschiedenen Kantonen gelegenen Grundstücke zu derselben Bewirthschaftung gehören, findet sich dagegen die hier angenommene Ansicht durch

einen im letzten Hefte des Archivs enthaltenen Rathskammerbeschluß des Appellhofes bestätigt. Der Fall war folgender:

Ein Gläubiger wollte gegen seinen Schuldner mehre Immobilien, welche in zwei von verschiedenen Landgerichten ressortirenden und zu verschiedenen Kreisen gehörigen Friedensgerichtsbezirken liegen, subhastiren und reichte unter Bezugnahme auf den Art. 363 B. P. O. bei dem Appellhofe das Gesuch ein, den Friedensrichter zu bestimmen, der die Subhastation vorzunehmen habe. Das Gesuch wurde abgeschlagen und wurde dabei Folgendes erwogen:

„Entweder gehören die Grundstücke, deren Beschlagnahme beabsichtigt wird, zu derselben Bewirthschaftung, oder nicht; im ersten Falle brauche kein Friedensrichter ernannt zu werden, weil das Gesetz selbst das zuständige Gericht bezeichne; im zweiten Falle sei nach Art. 2210 nur der successive Verkauf der in zwei Kreisen liegenden Parcellen zulässig, und wenn auch das Gesetz vom 14. November 1808 unter Umständen die gleichzeitige Zwangsbeschlagnahme gestatte, so gehöre doch das desfallsige Gesuch vor den Präsidenten des Gerichts in dessen Bezirk der Schuldner wohne." (Arch. 46. 1. 24—26).

Also im Falle des Art. 2210 braucht niemals ein Friedensrichter ernannt zu werden.

## §. 95.

Was das dem Schuldner durch Art. 2211 gegebene Recht, den Gesammtverkauf eines ganzen Gutes verlangen zu können, betrifft, so sagen die Gesetze nirgends, in welcher Weise er dieses Verlangen anzubringen habe; gewiß ist aber der Weg der Klage an dasjenige Landgericht, in dessen Bezirk der Hauptsitz der Bewirthschaftung liegt, der einzig richtige; auch muß die Klage rechtzeitig angebracht werden; wann sie jedoch als rechtzeitig angebracht betrachtet werden müsse, hängt von den Umständen ab; da aber der Schuldner selbst nach der Beschlagnahme etwaiger dismembrirter Theile eines ganzen Gutes hierzu noch Zeit genug hat, so kann einer Entscheidung des I. Senats vom 16. Januar 1826 (Arch. 9. 1. 21.), nach welcher eine erst im Licitationstermin auf die Zersplitterung des Gutes gegründete Opposition, die Richtigkeit des Verfahrens zu begründen nicht geeignet ist, nur beigestimmt werden.

Die Klage des Subhastaten auf Gestattung des Gesammtverkaufs ist natürlich auch dann bei dem Landgericht, in dessen Bezirk der Hauptsitz des Gutes liegt, anzubringen, wenn die in Beschlag genommenen dismembrirten Theile in einem andern Landgerichtsbezirke liegen. (Art. 2210 al. 2).

Gibt das Landgericht der Klage Statt, so gehört das weitere Verfahren vor das Friedensgericht, in dessen Bezirk der Hauptsitz oder der nach dem Kataster ertragfähigste Theil der Güter liegt.

## §. 96.

Wenn die zu einer Bewirthschaftung gehörigen Grundstücke nach den beiden vorigen §§. vor einem Friedensrichter und in einem Verfahren subhastirt werden, so hängt es zwar noch immer von der Regulirung der Kaufbedingungen ab, ob eine Licitation der einzelnen Grundstücke für sich, oder ein Verkauf en bloc vorkommen wird; im letztern Falle muß aber stets dann, wenn auf den einzelnen Grundstücken, oder auf dem Ganzen und zugleich auf den einzelnen Theilen, besondere Inscriptionen haften, eine Ventilation des Kaufpreises eintreten, d. h. es muß berechnet werden, ein wievielster Theil des Kaufpreises auf die einzelnen beschwerten Parzellen kommt, wenn man ihren Werth mit dem Werth des Ganzen vergleicht. Doch gehört diese Ventilation offenbar erst in das Ordreverfahren, in welchem es sich von der Vertheilung des Kaufpreises nach der Rangordnung der Hypotheken handeln wird und man kann daher einem Urtheil des Appellhofes zu Nimes vom 26. Juli 1825 (Sirey XXVI. 2. 176), welches annahm, die Ventilation müsse spätestens bei der Adjudikation oder unmittelbar nachher geschehen, nicht beistimmen.

Die Ventilation ist nur zur Vertheilung des Kaufpreises nöthig, ja sogar ob sie überhaupt erforderlich sein wird, kann sich erst im Ordreverfahren herausstellen; denke man sich z. B. daß der Extrahent ein Chirographargläubiger wäre und sonst nur Inscriptionen auf das ganze Gut beständen, oder daß der Extrahent zwar Hypothekar-Gläubiger in Betreff einzelner Parzellen, jedoch der einzige bei der Vertheilung des Kaufpreises konkurrirende wäre, so würde überhaupt jede Ventilation überflüssig sein und in diesem Sinn sagt der Art. 2211: ventilation se fait . . . . *s'il y a lieu.*

Wie die Ventilation zu geschehen habe, sagen die Gesetze nicht; die Parteien werden daher in dem Ordreverfahren alle Beweismittel geltend machen können, aus dem sich der Werth der einzelnen Parzellen im Verhältniß zu einander und zum Ganzen ergeben kann; treten jedoch nicht besondere Umstände ein, so wird am besten der Katastralreinertrag der einzelnen Abtheilungen als Maßstab zum Grunde gelegt werden.

## §. 97.

Das Gesetz vom 14. November 1808 gestattet dem Gläubiger, die in verschiedenen Gerichtssprengeln und also um so mehr, die in verschiedenen landräthlichen Kreisen gelegenen Grundstücke seines Schuldners dann gleichzeitig in Beschlag nehmen zu lassen, wenn ihr Werth nach der Berechnung des 25fachen Pachtpreises, zufolge authentischer Miethverträge, oder des 30fachen Katastralreinertrages nicht der Summe der Forderungen des Extrahenten und sämmtlicher inscribirter Gläubiger gleichkommt. Will der Gläubiger von dieser Befugniß Gebrauch machen, so überreicht er dem Präsiden-

ten des Landgerichts, in dessen Bezirk der Schuldner wohnt, eine beglaubigte Abschrift der authentischen Pachtverträge oder in deren Ermangelung einen beglaubigten Auszug aus der Grundsteuerrolle und einen Auszug aus den betreffenden Hypothekenregistern, bezüglich aller gegen den Schuldner bestehenden Inscriptionen, mit dem Gesuch, die gleichzeitige Beschlagnahme der in den verschiedenen Kreisen gelegenen Grundstücke zu gestatten. Nach Mittheilung an das öffentliche Ministerium gewährt der Präsident eintretenden Falls die beantragte Ordonnanz. Hierauf hat der Gläubiger zwar das Recht, die verschiedenen Immobilien gleichzeitig zur Subhastation zu bringen; doch mußte nach dem Gesetz vom 14. November 1808, Art. 4, für jedes einzelne Arrondissement in Betreff der darin befindlichen Güter ein besonderes Expropriationsverfahren eingehalten werden. (Vgl. auch I. Senat 27. August 1827. Archiv 11. 1. 90.)

Diese Bestimmung war eine natürliche, weil in Frankreich die Arrondissements mit den Gerichtssprengeln zusammenfallen. Bei uns fallen die Kreise bekanntlich nicht mit den Landgerichtsbezirken zusammen; nichts desto weniger muß der Art. 4 des Gesetzes von 1808 in der Rheinprovinz fortwährend seine Anwendung finden, denn bereits im §. 93 supra ist ausgeführt worden, daß der principienwidrige §. 42 Subh.-Ord. keine Anwendung finde, sobald die Voraussetzungen des Gesetzes vom 14. November 1808 begründet seien. Hat also einmal der Präsident des Landgerichts des Wohnorts des Schuldners die Erlaubniß des simultanen Zwangsverkaufes gegeben, so findet keine Sonderung des Verfahrens nach Kreisen mehr Statt, sondern alle in einem Landgerichtsbezirk gelegenen Immobilien, sollten sie auch in verschiedenen Kreisen liegen, werden vor einem durch das Landgericht zu ernennenden Friedensrichter subhastirt.

Ist übrigens der Schuldner ein Ausländer, so wird der Präsident des Landgerichts, in welchem die zu subhastirenden Grundstücke ganz oder theilweise liegen, die gleichzeitige Beschlagnahme gestatten können; hat der Schuldner dagegen sein Domicil in den außerrheinischen Provinzen des Preußischen Staates, so möchte wegen der Einheit des Staates die erforderliche Erlaubniß der gleichzeitigen Beschlagnahme bei dem Gerichte seines Wohnorts nachzusuchen sein.

# Capitel VI.

## Von der Person des Subhastaten.

### §. 98.

Während eine Person mit ihren Gütern in der Regel allerdings nur für ihre eignen Schulden haftet, so tritt doch in Beziehung auf unbewegliche Güter wegen des Rechts der Hypothekargläubiger, den ihnen zur Hypothek stehenden Immobilien, in welche Hände auch, zu folgen, eine Ausnahme ein, indem der Eigenthümer einer Immobilie mit derselben auch für die ihm persönlich fremden Verpflichtungen eines frühern Eigenthümers haftet, insofern gegen Letztern ein hypothekarisches sich auf das Grundstück beziehendes Recht entstanden ist. Hiernach ist der Subhastat entweder Schuldner und Eigenthümer in einer Person oder lediglich Drittbesitzer.

### **Abschnitt I. Von dem Schuldner als Subhastaten.**

### §. 99.

Als geltende Regel muß aufgestellt werden, daß die Subhastation gegen den Schuldner nur so lange betrieben werden kann, als er Eigenthümer des betreffenden Grundstücks ist; hat er aufgehört es zu sein, so ist sie gegen den neuen Erwerber, welcher technisch Drittbesitzer heißt, zu richten. (Poitiers 18. Juni 1810. — Denevers 1810. p. 125).

Da zufolge Art. 1583 B. G. B. das Eigenthum schon durch den bloßen Konsens des Verkäufers und Käufers übergeht, bevor noch eine Besitzveränderung eingetreten ist, so wird der Gläubiger oft den Eigenthumsübergang ignoriren und wenn die von dem Gläubiger gegen seinen Schuldner vorgenommene Subhastation des verkauften Grundstücks unter allen Umständen null und nichtig wäre, so brauchte der Schuldner nur in der Stille seine Grundstücke zu verkaufen, um dem Gläubiger die Subhastation selbst der verhypothecirten Grundstücke auf die bedenklichste Weise zu erschweren, worauf dann der Erwerber dasselbe Manöver vornehmen könnte, um auch das gegen ihn zu richtende Verfahren zu vereiteln. Deßwegen kann die im Paragraphen aufgestellte Regel nur mit einigen Modifikationen bestehen bleiben.

Konnte sich der Gläubiger von der Veräußerung Gewißheit verschaffen oder kann ihm bewiesen werden, daß er von ihr wußte, so ist allerdings das etwa von ihm gegen den Schuldner gerichtete Verfahren nichtig; er

mußte dann vielmehr, wenn er eine Hypothek hat, gegen den Erwerber subhastiren lassen, und wenn seine Forderung eine bloß handschriftliche ist, auf die Subhastation verzichten, in welchem Fall er höchstens eintretenden Falls die Veräußerung mit der actio Pauliana anfechten könnte. Daß der Gläubiger sich Gewißheit von der Alienation verschaffen konnte, wird man mit Grenier II, 346 gewiß dann annehmen müssen, wenn der Erwerber den Titel transscribiren ließ, obgleich die Transscription jetzt nicht mehr, wie nach dem Gesetz vom 11. Brum. VII ein Erforderniß der Eigenthumsübertragung ist. (Art. 1583 B. G. B). Die Transscription des Titels wird sogar den Gläubiger auch dann nöthigen, das Verfahren gegen den Erwerber zu richten, wenn der Schuldner im physischen Besitz des Grundstücks geblieben sein möchte, denn dieser Besitz kann ein prekärer, oder ein abgeleiteter z. B. ein pachtweiser sein, und die allergewöhnlichste Vorsicht würde den Gläubiger von der Eigenthumsveränderung unterrichtet haben.

In allen andern Fällen dagegen ist er so lange berechtigt, gegen den Schuldner das Verfahren zu richten, als nicht die wirkliche Besitzveränderung eingetreten ist; hiermit soll nicht gesagt werden, daß der nichtbesitzende Erwerber, welcher sein Eigenthum durch einen Titel mit sicherm Datum vor der Beschlagnahme beweiset, nicht mehr sich dem Zwangsverkauf widersetzen könnte, (vgl. I. Senat 9. Januar 1826. Arch. 9. 1. 18), denn offenbar konnte der Extrahent, wenn er auch füglich gegen seinen Schuldner subhastiren durfte, doch dem Erwerber, dem noch dazu nicht einmal eine Unterlassung vorzuwerfen ist, sein wohlbegründetes Recht zur Anstellung des Purgationsverfahrens nicht entziehen — dagegen aber kann der besitzende Schuldner selbst (als Subhastat) aus dem Eigenthumswechsel keine Einrede gegen die Statthaftigkeit des Verfahrens herleiten; er kann nicht wissen, ob der Erwerber es nicht vielleicht für sein Interesse ersprießlicher urtheilen wird, den Zwangsverkauf geschehen zu lassen und in seinem Munde wäre daher die Einrede eine wahre exceptio de iure tertii; daß er im Besitz blieb, war genug für den Extrahenten, um ihn als fortwährenden Eigenthümer betrachten zu müssen. (vgl. auch II. Senat 12. August 1831. Arch 16. 1. 240. — I. Senat 21. Mai 1834. Arch. 20. 1. 167).

## §. 100.

Hat der Schuldner die zu subhastirenden Immobilien selbst in Besitz und Eigenthum, so ist das Verfahren nur gegen ihn zu richten; doch leidet diese Regel eine natürliche und sich von selbst verstehende Ausnahme da, wo der Schuldner entweder aus irgend einem Grunde in seiner Persönlichkeit, z. B. wegen Minderjährigkeit, einen Vertreter oder Beistand hat, und wo seine Güter unter der Verwaltung anderer Personen stehen. In diesen Fällen muß das Verfahren gegen denjenigen, der den Schuldner vertritt, oder gegen ihn und seinen Beistand gerichtet werden, so z. B.:

Gegen den Vormund eines Minderjährigen oder Interdicirten, insofern das Verfahren nach Art. 2206 B. G. B. (cf. supra §. 81—85) überhaupt zulässig ist, wobei jedoch beiläufig zu bemerken, daß der Vormund keiner Autorisation des Familienraths bedarf, (Paris 19. prair. XII. Sirey VII. p. 1242. — Persil père Quest. II. p. 308) und daß die besondern gesetzlichen Vorschriften über den Verkauf von Mündelgütern nicht beobachtet zu werden brauchen, weil die schützenden Formen des Expropriationsverfahrens genügen (Paris 7. August 1811. Sirey XIV. 2. 216);

gegen den emancipirten Minderjährigen und seinen Kurator;

gegen den für einen Verschwender erklärten Schuldner (Art. 513 B. G. B.) und seinen Beistand;

wenn einem Interdiktionsverklagten, bloß ein Beistand gegeben worden ist, (Art. 449 B. G. B.) gegen ihn und seinen Beistand;

gegen den Kurator einer vakanten Nachlassenschaft, dessen Ernennung nach Art. 812 B. G. B. jeder Gläubiger bei dem Landgericht beantragen kann, in dessen Bezirk der Nachlaß eröffnet wurde;

gegen den Beneficiarerben, hinsichtlich der Immobilien der Erbschaft, obgleich es noch ungewiß ist, ob derselbe persönlicher Schuldner werden wird;

gegen einen zu ernennenden curateur aux biens abandonnés, wenn der Beneficiarerbe von dem ihm durch Art. 802 Nro. 1 verliehenen Recht Gebrauch macht und alle Güter der Erbschaft den Gläubigern und Legatarien überläßt.

Alle bis jetzt angeführten Fälle bedürfen keiner weitern Erörterung; dagegen müssen in den folgenden Paragraphen einige Fragen besprochen werden, die mehr Schwierigkeiten darbieten.

## §. 101.

I. Gegen wen ist das Verfahren zu richten, wenn der Schuldner von der Rechtswohlthat der Vermögensabtretung Gebrauch gemacht hat und kein Falliment besteht?

Der Art. 904 B. P. O. giebt den Gläubigern eines Schuldners, welcher eine Vermögensabtretung vorgenommen hat, das Recht, die Immobilien desselben unter den Formen zu verkaufen, welche der Beneficiarerbe zu beobachten hat. In welcher Weise sie sich aber über den Verkauf zu einigen haben, ob und wie ein Kurator zu ernennen, wie zu konstatiren, welche Personen Gläubiger seien, und ob ein einzelner Gläubiger die Ernennung eines Kurators bei Gericht beantragen könne, — über alles dieses enthalten die Gesetze außer für den Fall des Falliments, keine Vorschriften; deßwegen herrscht auch über die berührten Fragen viel Streit, und manche Schriftsteller stellen sogar die Ansicht auf, daß das Gericht einem Antrag der Gläubiger auf Ernennung eines Kurators nicht deferiren dürfe, weil es lediglich Sache der Gläubiger sei, sich durch einen von ihnen selbst zu wäh-

lenden Mandatar vertreten zu lassen, für dessen Handlungen sie dann aber auch einzustehen hätten (Toullier VII. p. 359 N°. 268). Könnte daher die Expropriation nur gegen einen Kurator geschehen, wie in Merlin repert. mot sais. imm. §. 2 angenommen wird, so müßte der Gläubiger immer vorher ein prekäres und vielleicht vergebliches Verfahren vornehmen, um dann gegen den Kurator subhastiren zu können und er wäre durch den erwähnten Art. 904 offenbar schlimmer gestellt, als vorher.

Nichts destoweniger räth Carré dennoch dem Gläubiger, der zur Subhastation eines Grundstücks des abtretenden Schuldners schreiten will, vorab vom Gericht einen Kurator für das abgetretene Vermögen ernennen zu lassen, obgleich er es nicht ausdrücklich für nöthig erklärt (Carré et Chauv. pr. Quest. 3054); er stützt sich hierbei hauptsächlich auf die ältere Praxis und namentlich auf ein Urtheil des Parlaments zu Paris vom 22. Febr. 1607. Dagegen ist, wie schon erwähnt, nach der Ansicht Toulliers die Ernennung eines Kurators überhaupt unstatthaft. Indessen abgesehen davon, daß man doch kaum einem einzelnen Gläubiger die Befugniß zusprechen kann, für sich allein die Ernennung eines Kurators zu beantragen, bedarf es auch dessen nicht, denn, indem der Art. 904 B. P. O. den Gläubigern das Recht gibt, die Grundstücke in der Weise zu verkaufen, wie Beneficiarerben es dürfen, verpflichtet er sie nicht dazu und, da die cessio bonorum nach Art. 1268 B. G. B. nur die Bedeutung hat, die Person des Schuldners der Körperhaft zu entziehen, keineswegs aber, den Gläubigern auch andere Exekutionsmittel zu nehmen, konnte auch der Art. 904 B. P. O. nicht daran denken, den Gläubigern durch Ertheilung des Rechts, mit geringeren Formalitäten zu verkaufen, die übrigen Vollstreckungsarten gegen das Vermögen des Schuldners zu rauben oder durch neue Formalitäten, die nirgends vorgeschrieben sind, zu erschweren. Ueberdies sagt der Art. 1269 B. G. B. ausdrücklich, daß der abtretende Schuldner das Eigenthum seiner Güter behalte. Der Eigenthümer ist aber stets der rechte Subhastat und gegen ihn selbst muß das Verfahren gerichtet werden. Wenn also die Gläubiger sich noch nicht über den Verkauf der Immobilien geeinigt haben, so kann die Subhastation derselben nur gegen den Schuldner selbst betrieben werden, welches auch durch ein Urtheil des Tribunals erster Instanz zu Bordeaux, angeführt bei Sirey XVIII. 2. 66, unter Bezugnahme auf den Art. 1269 B. G. B. angenommen worden ist.

Da aber superflua non nocent, wird der Gläubiger, wenn bereits ein Kurator ernannt sein möchte nur der Vorsicht gemäß handeln, wenn er das Subhastationsverfahren zugleich gegen den Kurator richtet.

## §. 102.

**II. Gegen wen ist das Verfahren zu richten, wenn Immobilien verheiratheter Frauen oder Dotalgrundstücke subhastirt werden?**

Art. 2208 B. G. B. L'expropriation des immeubles, qui font partie de la communauté se poursuit contre le mari débiteur seul, quoique la femme soit obligée à la dette.

Celle des immeubles de la femme, qui ne sont point eutrés en communauté, se poursuit contre le mari et la femme, laquelle au refus du mari de procéder avec elle, ou si le mari est mineur peut être autorisée en justice.

En cas de minorité du mari et de la femme, ou de minorité de la femme seule, si son mari majeur refuse de procéder avec elle, il est nommé par le tribunal un tuteur à la femme, contre lequel la poursuite est exercée.

Hat die Frau nur in sofern Antheil an den zu subhastirenden Immobilien, als dieselben zur ehelichen Gütergemeinschaft gehören, so ist das Verfahren nach Art. 2208 al. 1. nur gegen den Mann allein zu richten, sollte es sich auch von einer persönlichen Schuld der Frau handeln, die schon vor Eingehung der Ehe bestand, (Art. 1409 N°. 1 B. G. B.), oder die nur deßwegen zum Passivum der Gütergemeinschaft gehört, weil die Frau, als sie die Schuld kontrahirte, von ihrem Manne autorisirt war (Art. 1409 N°. 2).

Es versteht sich freilich von selbst, daß es keine Richtigkeit ist, wenn die Grundstücke der Gütergemeinschaft gegen die Frau mit subhastirt werden; nur würden allerdings die durch das unnöthige Hereinziehen der Frau in die Procedur etwa veranlaßten Mehrkosten eintretenden Falls dem Gläubiger zur Last fallen müssen (cass. 4. Mai 1825 Sirey XXVI. 1. 214); auf der andern Seite würde es aber auch der Gültigkeit der Poursuite keinen Eintrag thun, wenn sie, obgleich gegen beide Ehegatten begonnen, nur gegen den Mann fortgesetzt würde.

## §. 103.

Handelt es sich von eignen Immobilien der Frau, so macht es keinen Unterschied, ob die Immobilien unter der Herrschaft des Gütergemeinschaftsrechts der Frau als pröperliche gehören, oder ob sie ihr unter dem regime dotal als Paraphernalgüter zustehen; es macht ferner keinen Unterschied, ob wegen einer bloß persönlichen Schuld der Frau oder wegen einer Schuld der Gütergemeinschaft, für welche die Frau als ursprüngliche Schuldnerin oder aus besonderer Verpflichtung in casu persönlich haftet, subhastirt wird. In allen diesen Fällen ist der Art. 2208 al. 2 und 3 gleichmäßig anwendbar, möchte selbst die Frau in Gütertrennung leben (Grenier II. 477), oder eine Handelsfrau sein (Art. 215 B. G. B.), oder der Mann sich im Fallimentszustand befinden.

Dagegen ist zu unterscheiden, ob die Frau großjährig oder ob sie minderjährig ist.

## §. 104.

1) Ist die Frau großjährig, so ist sie eine Person mit vollständiger rechtlicher Persönlichkeit und bedarf bloß wegen des ehelichen Verhältnisses

der Autorisation. Ist der Mann in der Lage, die Autorisation ertheilen zu können, und giebt er nicht eine ausdrückliche Erklärung ab, daß er die maritale Ermächtigung nicht ertheilen wolle, so genügt es, daß die Subhastation gegen ihn mit gerichtet werde, denn der Art. 2208 al. 2 schreibt nur die Poursuite gegen beide Ehegatten vor, damit, wie sich ein Urtheil des Appellhofes zu Colmar vom 2. Dezember 1806 (Sirey VII. p. 1192) ausdrückt, seine Gegenwart der Frau als Autorisation diene. Anders stellt sich aber die Sache, wenn der Mann erklärt hat, nicht autorisiren zu wollen, oder wenn er minderjährig ist, wobei jedoch zu bemerken ist, daß der Art. 2208 zwar nur von der Minderjährigkeit redet, daß der Minderjährigkeit gewiß aber die Interdiktion, die Abwesenheit und überhaupt jede andere Unfähigkeit des Mannes zur Autorisation gleichgestellt werden muß (Art. 221, 222, 223 B. G. B. Pigeau II. part. 1 tit. 1 chap. 3).

Ist nun der Mann wegen Minderjährigkeit oder aus einer andern Ursache unfähig zu autorisiren, so kann der Gläubiger das Verfahren gar nicht beginnen, ja nicht einmal einen genügenden Zahlungsbefehl erlassen, bevor er die Frau durch das Gericht hat autorisiren lassen. Zwar hat ein Urtheil des Appellhofs zu Bordeaux vom 5. August 1829 (Sirey XXXIV. 2. 685) angenommen, daß in vorliegendem Falle bis zur Adjudikation keine Autorisation der Frau nöthig sei; aber die Frau kann vor dem Zuschlag, ja sogar schon gleich nach dem Zahlungsbefehl das Bedürfniß haben, vor Gericht aufzutreten, weil die Lage der Sache es oft nöthig machen wird, schon vor dem Licitationstermin zu opponiren; wäre aber die Frau nicht autorisirt, so würde dieser Umstand die von ihr einzulegende Opposition leicht in schädlicher Weise verspäten. Es bleibt daher bei dem aufgestellten Satz, daß die gerichtliche Autorisation dem Expropriationsverfahren vorhergehen muß, wenn der Mann unfähig ist, dieselbe zu ertheilen. Erklärt dagegen der hierzu befähigte Mann erst im Laufe des Verfahres, nicht autorisiren zu wollen, so ist zwar das bis dahin Geschehene gültig, aber es darf kein weiterer Schritt geschehen, bis das Gericht des Domicils des Mannes die Autorisation ertheilt hat.

## §. 105.

2) Ist die Frau noch minderjährig, so ist sie zwar durch die Heirath von selbst emancipirt, steht aber als emancipirte Minderjährige unter der natürlichen Kuratel ihres Mannes. Ist daher der Mann großjährig und nicht etwa selbst interdicirt oder sonst unfähig, eine Kuratel zu führen, so ist das Verfahren gegen ihn, als den Beistand seiner Frau, mit zu richten; jedoch hat dann seine Gegenwart in der Procedur die Bedeutung, nicht etwa einer Autorisation, sondern vielmehr einer Ergänzung der rechtlich unvollständigen Persönlichkeit seiner Frau; was freilich so lange von keinen besondern praktischen Folgen ist, als er sich noch nicht geweigert hat, mit der Frau zu procediren.

Ist er dagegen minderjährig oder sonst unfähig, seiner Frau wie ein Kurator zu assistiren, so genügt keine bloße Autorisation des Gerichts mehr, weil die Frau als emancipirte Minderjährige eines Kurators bedarf, sondern der Gläubiger muß vor Allem bei Gericht die Ernennung eines Kurators beantragen, gegen welchen dann das Verfahren mit zu richten, ja selbst der Zahlungsbefehl mit zu erlassen ist. Diesen Kurator nennt der Art. 2208 al. 3 zwar „tuteur;“ doch kann hierin nur eine Ungenauigkeit des Ausdrucks gefunden werden, wie Duranton richtig bemerkt (Duranton XXI. 37 in der Note), denn handelte es sich von einem wirklichen Vormund, so würde ein Verfahren gegen diesen allein ohne Zuziehung der Frau genügen, was man doch troß dem entgegenstehenden Wortlaut des Art. 2208 al. 3 unmöglich annehmen kann, weil bei einer durch Heirath emancipirten Person keine eigentliche Bevormundung mehr Platz greifen kann.

Hat der großjährige Mann im Laufe des Verfahrens seine Weigerung erklärt, mit der Frau procediren zu wollen, so ist zwar das bis dahin gegen beide Ehegatten Geschehene gültig; aber der Extrahent muß mit allen weiteren Schritten einhalten, bis ein Kurator ernannt ist.

## §. 106.

Gegen wen die Subhastation von Dotalgrundstücken zu richten sei, wo dieselbe nach den im §. 87 supra aufgestellten Regeln ausnahmsweise zulässig ist, sagt der Art. 2208 nicht, da er nur von den der Frau allein gehörenden Immobilien spricht. Nach Römischem Recht ist allerdings der Mann der herrschenden Lehre nach während der Ehe der einzige wahre Eigenthümer der nicht fungiblen Dotalgüter, obgleich freilich diese Lehre von vielen Seiten bestritten wird und sich auch in der That manche Stellen im corpus iuris finden, in welchen dem Manne das alleinige Eigenthum an den Dotalgütern abgesprochen wird (vergl. z. B. l. 71 D. XXI. 2. l. 3 §. 5. D. IV. 4. l. 75 D. XXIII. 3. und vor allen Dingen l. 30 cod. V. 12). Nach dem Rechte des code civil dagegen kann der Mann nicht so unbedingt als der alleinige Eigenthümer der Dotalgüter, und namentlich nicht der Dotalgrundstücke betrachtet werden, da der Art. 1552 B. G. B. ausdrücklich sagt, daß selbst eine Schätzung des zur Dos konstituirten Grundstücks dem Manne nicht das Eigenthum an demselben überträgt und wenn auch der Art. 2208 nicht die Dotalgrundstücke erwähnt, so scheint er doch überhaupt die nicht zur Gütergemeinschaft gehörenden Immobilien im Auge zu haben (qui ne sont point entrés en communauté) und da zu diesen jedenfalls die Dotalgüter gehören, so scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß Dotalgrundstücke während der Ehe nur, gegen den Mann und die Frau, subhastirt werden können. Hierbei ist blos das zu beachten, daß der Mann in einem solchen Falle stets als persönlich betheiligter Subhastat zu betrachten ist, und daß daher eine etwaige Erklärung von ihm, nicht mit der Frau procediren zu wollen, von keiner

Bedeutung sein wird, während eine solche Erklärung für den Fall der Subhastation von blos eigenen Gütern der Frau, nach dem vorigen Paragraphen zur Supplirung der Autorisation durch das Gericht, resp. zur Ernennung eines Kurators Veranlassung gibt.

## §. 107.

### III. Von Mitschuldnern als Subhastaten.

Besitzen mehrere auch nicht solidarisch, jedoch gleichmäßig haftende Schuldner gemeinschaftlich ein Grundstück, so steht dem Gläubiger der Art. 2205 B. G. B. nicht entgegen, wenn er dieses Grundstück gegen sie subhastiren lassen will, vorausgesetzt, daß die mehreren Schuldner die einzigen Miteigenthümer sind, sollten sie auch selbst Miterben sein; jedoch muß der Gläubiger allen nicht solidarisch haftenden Schuldnern separatim die im Laufe des Verfahrens erforderlichen Zustellungen machen und namentlich auch jedem einzelnen einen Zahlungsbefehl significiren lassen.

Sind dagegen die mehreren Miteigenthümer zugleich Solidarschuldner, so kann die Signifikation des Zahlungsbefehls und alle im Laufe des Verfahrens erforderlichen Zustellungen an einen der Schuldner für alle geschehen (Riom 24. Februar 1813, Sirey XIV. 2. 174.). Wäre einer von ihnen mit Hinterlassung mehrer Erben gestorben, so treten diese Erben, arg. Art. 2249 al. 2 et 3 B. G. B., zusammengenommen an seine Stelle, so daß z. B. nur der allen Erben zugestellte Zahlungsbefehl für die übrigen Solidarschuldner auf das Ganze wirkt, während dagegen die auch nur an einen der letztern erfolgte Signifikation für alle Erben des gestorbenen Schuldners genügt, so jedoch, daß jeder Erbe persönlich für nicht mehr haftet, als für einen seiner Erbquote entsprechenden Theil der Schuld.

Das so eben citirte Urtheil (Riom 24. Februar 1813) geht sogar von der Annahme aus, daß auch die besondern, in keinem Miteigenthum stehenden, Güter mehrer solidarischen Mitschuldner von ihrem Gläubiger für die gegen alle gehende Forderung in einem Verfahren zu subhastiren seien, wobei die Schuldner nichts weiter verlangen könnten, als den abgesonderten Verkauf ihrer respektiven Grundstücke und die Theilung der Schuld ihren besondern Gläubigern gegenüber.

Diese Ansicht mag ihre Bedenken haben; will man sie jedoch adoptiren, so muß man auch die Gesammtsubhastation der in verschiedenen landräthlichen Kreisen gelegenen nicht demselben Schuldner gehörenden Grundstücke gestatten, vorausgesetzt, daß sie wenigstens in demselben Landgerichtsbezirk liegen und daher das Landgericht in der Lage ist, nach §. 1 Subh.-Ord. einen Friedensrichter kommittiren zu können. Dem würde der Art. 2210 verbunden mit §. 42 Subh.-Ord. nicht entgegenstehen, da derselbe nur den hier nicht zutreffenden Zweck hat, dem Schuldner übermäßig kumulirte Exekutionen und

Kosten zu ersparen und daher auch auf die in mehreren Kreisen gelegenen Grundstücke verschiedener Schuldner nicht bezogen werden kann.

## §. 108.

### IV. Gegen wen ist das Verfahren zu richten, wenn der Schuldner sich im Fallimentszustand befindet?

Ueber die Frage, unter welchen Bedingungen, von welchen Gläubigern und wie lange die Subhastation der Immobilien eines Falliten betrieben werden könne, sind die §§. 38 und 89 b. zu vergleichen. Sehr bestritten ist dagegen die Frage, gegen wen das Verfahren zu richten sei, wenn es überhaupt zulässig ist. Da jedoch eine specielle Erörterung hier zu weit in die Principien des Handelsrechts hereinführen würde, so werde auf Grimm und Broicher H. G. B. ad Art. 494 S. 140—142 verwiesen, an welcher Stelle alle die verschiedenen Ansichten, welche sich geltend gemacht haben, mit vollständiger Angabe der für jede einzelne aufgestellten Gründe, zusammengestellt sind.

Die Ansicht, nach welcher das Verfahren sowohl gegen den Falliten, als auch gegen die Agenten oder Syndiken, und zwar den Zahlungsbefehl eingeschlossen, zu richten ist, scheint das meiste für sich zu haben, denn die Subhastation bietet zwei Seiten dar: einmal ist sie die Eintreibung einer beweglichen Forderung und also in diesem Sinne einer Mobilarklage gleichzustellen, sodann aber enthält sie zugleich die Expropriation einer unbeweglichen Sache und ist in dieser Hinsicht in Bezug auf den Subhastaten einer Immobilarklage gleichzuachten. Abgesehen nun davon, daß es mindestens sehr zweifelhaft ist, ob der Art. 494 H. G. B. sich auch auf Immobilarklagen beziehe, kann doch das nicht bezweifelt werden, daß der Fallit der wahre, wenn auch zur Veräußerung und Verpfändung zeitweilig nicht berechtigte, Eigenthümer seiner Immobilien ist; er ist sogar noch nach Ernennung der definitiven Syndiken und bis zum Verkauf Eigenthümer der Immobilien, ebensogut, wie derjenige, welcher sein ganzes Vermögen den Gläubigern abgetreten hat (cf. Art. 1269 B. G. B. und supra §. 101) und wenn der Fallit auch nicht veräußern kann, so können es die Agenten und provisorischen Syndiken eben so wenig (Art. 492 verbunden mit Art. 528 und 532 H. G. B.); wenn er also wegen der ihm mangelnden Veräußerungsbefugniß nicht als rechter Subhastat zu betrachten wäre, so müßte dasselbe von den Agenten und provisorischen Syndiken gelten, wodurch man zu dem Resultate käme, daß gar keine Person übrig bliebe, gegen die das Verfahren anzustellen wäre. Da ferner der Fallit keineswegs, wie z. B. der Minderjährige durch den Vormund, in seiner Rechtspersönlichkeit durch die Syndiken vertreten wird, sondern nach wie vor eine vollberechtigte Person bleibt, die nur in der Ausübung gewisser Vermögensrechte zum Vortheil der Masse der Kreditoren beschränkt ist, so wird der Umstand, daß er noch Eigenthümer ist, allerdings zu einem höchst

bedeutenden, da es der Natur der Sache widerstrebt, ein Expropriationsverfahren zu gestatten, ohne daß es gegen den Eigenthümer gerichtet würde: aus allen diesen Gründen muß jedenfalls gegen ihn selbst subhastirt werden.

Auf der andern Seite bietet die Subhastation auch mehrere Elemente einer Mobilarklage dar, wie bereits oben gesagt wurde und schon aus diesem Grunde allein, abgesehen von allen andern, sich aus der ganzen Stellung und den Befugnissen der Syndiken ergebenden Gründen, ist das Subhastationsverfahren nicht nur gegen den Subhastaten, sondern auch zugleich gegen die Agenten oder Syndiken zu richten und die aufgestellte Regel ist auch dann zu beobachten, wenn gegen den Falliten nicht als persönlichen Schuldner, sondern als Drittbesitzer subhastirt wird; auch versteht es sich von selbst, daß in beiden Fällen das Recht der Opposition (im Licitationstermin oder schon vorher) dem Falliten und den Syndiken gleichmäßig zusteht.

Eine vor dem Falliment gegen den Falliten allein begonnene Subhastation ist trotz des Art. 442 H. G. B. selbst dann gültig, wenn auch das den Fallitzustand erklärende Urtheil über den Zeitpunkt der Beschlagnahme hinaus antedatirt wäre; denn damals gab es noch keine Syndiken, an die Zustellungen hätten erfolgen können. Alle später noch erforderlichen Zustellungen müssen dagegen ebenfalls den Agenten und Syndiken gemacht werden; ist jedoch das Verfahren vor der Fallimentserklärung schon so weit gediehen, daß alle vor dem Licitationstermin erforderlichen Zustellungen geschehen sind, so brauchen den Agenten oder Syndiken keine neuen Zustellungen gemacht zu werden; und die in diesem Falle in dem Licitationstermine eingelegte Opposition des nicht in die Procedur gezogenen Agenten oder Syndiks ist als annehmbar zu betrachten und daher vom Gericht ihre Begründung zu prüfen. (I. Senat. 28. Juni 1831. Arch. 16. 1. 108.)

## Abschnitt II. Von dem Drittbesitzer als Subhastaten.

### §. 109.

I. Da die mit einem Vorzugs- oder Unterpfandsrecht versehenen Gläubiger, welche der Kürze wegen unter dem gemeinsamen Namen Hypothekargläubiger zusammengefaßt werden sollen, dem ihnen verpfändeten Immobile folgen, einerlei, in welches Eigenthümers Händen es sich befinden möge, da ferner der einzig mögliche Weg, um exekutionsweise eine Befriedigung aus Immobilien zu erlangen, der der Subhastation ist, so folgt daraus, daß die Hypothekargläubiger die ihnen zur Hypothek stehenden Immobilien auch gegen persönlich nicht verpflichtete Drittbesitzer subhastiren lassen können.

Unter dem Ausdruck „Drittbesitzer" ist nicht derjenige zu verstehen, der einen abgeleiteten Besitz hat, z. B. der Pachter, sondern nur der persönlich nicht verpflichtete Eigenthümer, für den als Regel gilt, daß er auch wirk-

licher Inhaber sein müsse (cf. supra §. 99. — II. Senat. 12. August 1831. Arch. 16. 1. 240.); gewiß ist aber auch derjenige als Drittbesitzer zu betrachten, der animo domini, d. h. in der Absicht, Eigenthumsrechte auszuüben und auf Grund eines in abstracto Eigenthum übertragenden Titels besitzt, ferner derjenige, dem blos ein revokables Eigenthum zusteht, z. B. derjenige Käufer einer Liegenschaft, welchem ein rückwärts (ex tunc) wirkender Verlust des Eigenthums entweder wegen Vorhandenseins einer übermäßigen Verletzung für den Verkäufer oder wegen eines vertragsmäßigen Retraktsrechts droht.

## §. 110.

Der Drittbesitzer, welcher nicht etwa eine persönliche Verpflichtung für die auf dem von ihm besessenen Grundstück haftenden Hypothekarschulden übernommen hat, haftet niemals persönlich, sondern nur in so weit, als er Besitzer des Grundstücks ist; er wird von jeder Verantwortlichkeit frei, sobald er dasselbe abtritt.

Während auf der einen Seite die Sicherheit des Hypothekenverkehrs gebieterisch forderte, den Hypothekargläubigern ein droit de suite zu geben, fand auf der andern Seite die Lage des Drittbesitzers, der in einer ewigen Gefahr schwebt, für fremde Schulden sein Grundstück durch Subhastation zu verlieren, bei dem Gesetzgeber gebührende Berücksichtigung. Der code civil gibt ihm nämlich in den Art. 2181 — 2195 ein Mittel an die Hand, nach erfolgter Transscription seines Titels, sein Grundstück von allen darauf haftenden Hypotheken, selbst von den von der Inscription unabhängigen und nicht inscribirten zu reinigen und sich so vor jeder hypothekarischen Klage zu sichern. Dies ist das Purgations- oder Hypothekenreinigungsverfahren, dessen nothwendige Vorbedingung die Transscription des Erwerbtitels ist. Wie aber diese Vorbedingung zu erfüllen sei und ob namentlich der letzte Erwerber, welcher das erworbene Grundstück von Hypotheken reinigen will, nicht blos seinen Erwerbtitel, sondern auch die Titel seiner Vorgänger transscribiren lassen müsse, über diese Frage herrscht viel Streit. Eine nähere Erörterung würde jedoch zu weit führen; doch sei die Bemerkung erlaubt, daß, während einige (vgl. Merlin repert. V° transc. §. 3 N°. 2. — Dalloz V° hyp. — Sirey XIV. 1. 48.) die Transscription aller frühern Eigenthumstitel unbedingt verlangen, der Kassationshof zu Paris dagegen in mehreren bei Troplong II. 913 citirten Urtheilen, gestützt auf die Fassung der Art. 2181—2183 B. G. B., angenommen hat, daß blos der Titel des letzten Erwerbers transscribirt werden müsse; daß eine dritte Meinung endlich, nach welcher die Transscription der frühern Titel zwar in der Regel wohl, aber dann nicht nöthig ist, wenn der Titel des letzten Erwerbers die Namen der frühern Eigenthümer genau enthält, die meisten und bedeutendsten Autoritäten für sich vereinigt. (cf. Grenier II. 365 med. — Troplong II. 913. — Merlin rep. V° transcr. note. — Delvincourt III. p. 363 N°. 2. — Zachariae §. 294 Anm. 2. — Persil reg. hyp. II. p. 251.)

## §. 111.

Stellt der Drittbesitzer rechtzeitig das Hypothekenreinigungsverfahren an, so kann von einer Subhastation gegen ihn nicht die Rede sein, sondern er braucht bloß sämmtliche auf dem Grundstück haftende hypothekarische Schulden, bis zum Belauf des von ihm zu zahlenden Kaufpreises, oder wenn das Grundstück von ihm nicht durch Kauf, sondern durch Schenkung oder Tausch erworben wurde, bis zum Belauf einer von ihm selbst gemachten Schätzung auszuzahlen. Jedoch hat jeder Gläubiger, damit nicht der Werth des Grundstücks zu seinem Nachtheil zu niedrig fixirt werde, das Recht, in bestimmten Fristen ein Uebergebot zu thun und die öffentliche Versteigerung zu verlangen.

Auf das Purgationsverfahren selbst näher einzugehen, liegt außerhalb des Gegenstandes dieser Blätter. Weil aber jedes rechtsgültig eingeleitete derartige Verfahren die Subhastationsbefugniß der Hypothekargläubiger aufhebt und weil die Subhastation überhaupt erst dann erfolgen darf, wenn der Drittbesitzer nicht mehr wider den Willen der Gläubiger, purgiren kann, so muß, wegen des offenbaren innigen Zusammenhanges mit der Subhastation, in den folgenden Paragraphen wenigstens von der Frist die Rede sein, in welcher das Hypothekenreinigungsverfahren zu beginnen ist.

## §. 112.

### II. Wann fängt die Purgationsfrist an und wie lange dauert sie?

Da die Transscription des Titels keinen Theil des Purgationsverfahrens, sondern nur die nothwendige Vorbedingung desselben darstellt (Persil reg. hyp. ad. art. 2183 N°. III. Troplong. II. 916) so ist die gestellte Frage gleichbedeutend mit der andern: in welcher Frist muß der Erwerber, welcher purgiren will, den eingeschriebenen Hypothekargläubigern die durch den Art. 2183 B. G. B. vorgeschriebenen Notifikationen machen;

Der Art. 2183 sagt einmal, daß er es vor den Poursuiten der Hypothekargläubiger stets könne, sodann aber spätestens innerhalb der Frist eines Monats von der ersten Aufforderung an gerechnet, welche an ihn erlassen wird (de la première sommation, qui lui est faite). Dagegen giebt der Art. 2169 B. G. B. jedem Hypothekargläubiger das Recht, das Grundstück zum Zwangsverkauf zu bringen, dreißig Tage nach Erlaß eines Zahlungsbefehls an den Schuldner und einer Aufforderung an den Drittbesitzer, die hypothekarische Schuld zu bezahlen oder das von ihm besessene Grundstück abzutreten.

Faßt man die verschiedenen Fristen der Art. 2183 u. 2169 in's Auge — dort ein Monat, hier 30 Tage — so könnte es auf den ersten Blick scheinen, daß die Poursuiten, welche der Art. 2169 autorisirt, und also auch deren

Präliminarakte, nämlich der Zahlungsbefehl an den Schuldner und die Sommation an den Drittbesitzer, zu zahlen oder abzutreten, erst dann vorgenommen werden dürften, wenn es gewiß wäre, daß der Drittbesitzer nicht mehr purgiren könne, woraus dann von selbst folgen würde, daß der Hypothekargläubiger den Inhaber erst in moram purgandi versetzen, also eine abgesonderte Sommation im Sinne des Art. 2183 erlassen müßte, ehe er den Zahlungsbefehl und die Sommation des Art. 2169 vornehmen dürfte. In diesem Sinne sind auch in der That einige Urtheile ergangen, (conf. Nimes 4. Juni 1807. Journal du Pal. I. p. 309 und ein bei Sirey XXIV. 2. 175 angeführtes Urtheil) welche Urtheile annehmen, daß die durch den Art. 2183 verlangte prémière sommation, eine erste Aufforderung zu purgiren bedeute, die der zweiten Aufforderung des Art. 2169 einen Monat voraufgehen müsse. Indessen findet man keine einzige Gesetzesstelle, die eine sommation a purger vorschreibt, wenn diese auch oft vorkommen mag: man würde also zu weit gehen, wenn man sie von dem Gläubiger bei Strafe der Nichtigkeit verlangen wollte.

Wie könnte auch der Drittbesitzer sommirt werden zu purgiren, da er hierzu nicht verpflichtet, sondern nur befugt ist? Die Purgation liegt nicht im Interesse der Hypothekargläubiger; sie ist eine reine fakultative Befugniß des Drittbesitzers und eine Aufforderung, diese Befugniß auszuüben, ist ebensowenig dem Hypothekargläubiger vorgeschrieben, als z. B. dem Kläger wegen übermäßiger Verletzung obliegt, den Käufer zur Nachzahlung des iusti pretii aufzufordern, obgleich Letzterer durch eine solche Nachzahlung die Klage von sich abwenden kann. Hieße es ferner nicht der Absicht des Gesetzes entgegenhandeln und die natürliche Ordnung der Dinge verrücken, wenn man gegen den Dritbesitzer Schritte gestatten wollte, die sich auf die Expropriation beziehen, bevor noch der Schuldner einen Zahlungsbefehl erhalten hat? Die Hypothek dient doch nur zur Sicherung des Gläubigers, der gewiß keine Schritte gegen das ihm haftende Grundstück vornehmen darf, bevor er sich an den persönlichen Schuldner mit der Aufforderung, zu zahlen, gewendet hat.

Die herrschende Lehre geht auch unbedingt dahin, daß keine der Aufforderung des Art. 2169, zu zahlen oder abzutreten, vorhergehende sommation de purger erforderlich sei. (Delvincourt II. tit. 9 sect. 1. — Grenier II. 342. — Troplong II. 793. — Persil reg. hyp. ad. art. 2169 X. — Sirey XXIX. 2. 56).

Der Ausdruck „premiére sommation" des Art. 2183 kann hiernach nicht von einer ersten Aufforderung zu purgiren, verstanden werden, sondern bedeutet nur, daß, wenn mehrere Gläubiger die Aufforderung, zu zahlen oder abzutreten, erlassen haben, doch die Purgationsfrist rücksichtlich aller Gläubiger von dem Zeitpunkt der ersten Aufforderung an läuft (Pailiet ad art. 2169); hat also auch nur ein Gläubiger, selbst ein später Abstand nehmen-

der, die Aufforderung in gültiger Weise, d. h. verbunden mit einem Zahlungsbefehl an den Schuldner, erlassen, so kann doch jeder andere Hypothekargläubiger nach Ablauf der Purgationsfrist dem Drittbesitzer das Recht zu purgiren streitig machen und gegen ihn das betreffende Grundstück in Beschlag nehmen lassen, vorausgesetzt, daß er nur auch seiner Seits dem Schuldner einen Zahlungsbefehl zustellen läßt und nach demselben 30 Tage wartet. (Grenier II. 342 fine. — Cass. 29. November 1820. Sirey XXI. 1. 151. — Cass. 20. Juli 1822. Sirey XXII. 1. 350. — Vgl. auch Sirey XVIII. 2. 238. XXIV. 2. 175).

## §. 113.

Nach dem vorigen Paragraphen ist der Anfangspunkt der Purgationsfrist die von irgend einem der Hypothekargläubiger entsprechend dem Art. 2169 an den Drittbesitzer geschehene Sommation, zu bezahlen oder abzutreten. Was die Dauer der Frist betrifft, so ist sie von dem Art. 2183 auf einen Monat festgesetzt, während der Art. 2169 den Hypothekargläubigern das Recht giebt, dreißig Tage nach der mit dem Zahlungsbefehl verbundenen Aufforderung, die mise en vente, d. h. nach dem jetzigen Recht die Beschlagnahme vorzunehmen.

Während die Bedeutung des Wortes Monat im römischen Recht eine höchst schwankende ist, und in einzelnen Stellen des corpus iuris auf das verschiedenste aufgefaßt wird (cf. l. ult. cod. VI. 30. — nov. 115 cap. II. — l. 29 §. 5. L. 32. — l. 18. l. 31 §. 22. D. XXI. 1. — l. 2. l. ult §. 1. cod. VII. 63. — l. 101. D. L. 17), versteht der code civil und überhaupt das Französische Recht in der Regel unter Monat einen Kalendermonat (cf. Merlin rep. V°. mois. I. Senat 30. November 1825. Arch. 8. 1. 273. I. Senat 31. Januar 1825. Arch. 9. 1. 103. II. Senat 6. März 1834. Arch. 20. 1. 13.), so daß also der Drittbesitzer, wenn er am 1. Januar z. B. sommirt worden wäre, am 1. Februar (oder, wenn man mit Grenier II. 341., trotz des Ausdrucks „dans le mois“ den Tag der Sommation nicht mitrechnen will), am 2. Februar noch rechtzeitig die Notifikation an die Gläubiger vornehmen könnte. Nach Art. 2169, übereinstimmend mit Art. 674 B. P. O., brauchen ihm aber die Gläubiger nur 30 freie Tage zu lassen; sie können daher am 1. Februar zur Beschlagnahme schreiten. Wegen dieser Kollision nehmen die meisten Schriftsteller z. B. Troplong II. 793. Battur II. 104 und Andere an, der Ausdruck „Monat“ im Art. 2183 müsse ebenfalls 30 Tage bedeuten. Indessen wenn es nicht bestritten werden kann und auch nicht bestritten ist, daß „Monat“ im code civil einen Kalendermonat, also ebensogut etwas Bestimmtes bedeutet, als die Bezeichnung „dreißig Tage“, so ist so viel klar, daß man mit demselben Recht behaupten könnte, die 30 Tage des Art. 2169 müßten ein Kalendermonat sein.

Die Bestimmung einer gleich langen Frist ist zwar wünschenswerth aber nicht unumgänglich nöthig, denn es ist weder etwas Ungereimtes, daß da, wo z. B. der Kalendermonat nur 28 Tage enthält, die Purgationsfrist eine kurze Zeit vorher ablaufen konnte, ehe noch die Gläubiger zur Beschlagnahme schreiten durften, noch ist es widersinnig, der nach 30 Tagen erfolgten Beschlagnahme den Charakter der absoluten Nichtigkeit zu nehmen, wenn auch, wegen der Länge des Kalendermonats, der Drittbesitzer noch eine kürzeste Frist zur Hypothekenreinigung hätte und so möglicher Weise die an sich gültige Beschlagnahme zu Nichte machen konnte.

Unter dem Monat des Art. 2183 möchte daher mit Grenier II. 341 ein Kalendermonat verstanden werden müssen, weßhalb jedenfalls zu rathen ist:

1) dem Drittbesitzer, der purgiren will, die Notifikationen stets innerhalb des Kalendermonats vorzunehmen, wo derselbe auch nur 28 oder 29 Tage hat;

2) den Gläubigern: noch einen Tag länger als 30 Tage mit der Beschlagnahme zu warten, wo der Kalendermonat 31 Tage hat.

Letzteres wird der Gläubiger der Vorsicht halber um so mehr thun müssen, da der §. 3 Subh.-Ord., abweichend von Art. 674 B. P. O., überhaupt die Beschlagnahme vor Ablauf eines Monats vom Tage des Zahlungsbefehls an, verbietet, denn wenn es auch aus Gründen, welche Compes aus der Redaktionsgeschichte der Subhastations-Ordnung herleitet (Compes die Subhastations-Ordnung S. 47 Anm.) und namentlich wegen der Art. 2169 B. G. B. und 674 B. P. O. wahrscheinlich ist, daß der Monat des §. 3 Subh.-Ord. ausnahmsweise 30 Tage bedeute, so ist dies doch keineswegs über allen Zweifel erhaben und kann jedenfalls auf die monatliche Purgationsfrist des Drittbesitzers keinen Einfluß haben, da letztere, wie gezeigt wurde, nicht nothwendig der 30tägigen Frist des Art. 2169 B. G. B. korrespondiren muß.

## §. 114.

III. Sobald nach dem vorigen Paragraphen die Purgationsfrist abgelaufen ist, kann der Drittbesitzer sich von der drohenden Beschlagnahme nur dadurch befreien, daß er entweder die Forderung des poursuivirenden Hypothekargläubigers tilgt, oder auf dem Sekretariat des Landgerichts, in dessen Bezirk das von ihm besessene Grundstück liegt, die Erklärung abgibt, dasselbe abzutreten, wobei jedoch zu bemerken, daß er nach dieser Erklärung, unter Notifikation derselben, die Gläubiger vor das Gericht laden lassen muß, um erkennen zu hören, daß ihm Akt über die geschehene Abtretung ertheilt werde (Troplong II. 827); diese Vorladung der Gläubiger ist deswegen nöthig, weil letztere dem Drittbesitzer das Recht der Abtretung bestreiten können, indem sie ihn z. B. als persönlichen Schuldner in Anspruch nehmen wollen.

Bezahlt der Drittbesitzer nicht und tritt auch nicht ab, so kann, da

nunmehr ein Purgationsverfahren nicht mehr zulässig ist, der betreibende Gläubiger (jedoch natürlich unter Einhaltung der 30tägigen Frist des Art. 2169) das betreffende Grundstück gegen den Drittbesitzer in Beschlag nehmen lassen; gegen letztern allein ist dann auch das weitere Subhastationsverfahren zu richten, ohne daß der ursprüngliche Schuldner noch weiter hereingezogen zu werden brauchte. Der Drittbesitzer ist dann der rechte Subhastat und ihm allein brauchen alle weitern Zustellungen gemacht zu werden, die die Subh.-Ord. für den „Schuldner" vorschreibt (I. Senat. 24. Januar 1831. Arch. 15. 1. 164. — II. Senat. 14. Juli 1831. Arch. 15. 1. 201. Vgl. auch II. Senat. 17. Mai 1833. Arch. 18. 184—190.).

## §. 115.

Hat der Drittbesitzer es einmal bis zur Beschlagnahme kommen lassen, d. h. hat er nicht in der Frist das Hypothekenreinigungsverfahren begonnen, oder das delaissement par hypothèque vorgenommen, so kann er sich nun nicht mehr dem weiteren Verfahren entziehen, als indem er die hypothekarische Schuld tilgt; er bleibt der rechte Subhastat, denn, wenn er auch noch selbst nach Ablauf von 30 Tagen nach der Sommation delaissiren kann, so steht ihm dies Recht doch nur bis zur Beschlagnahme zu. Hätte er aber vor der Beschlagnahme abgetreten und dabei in Gemäßheit des vorigen Paragraphen verfahren, so könnte gegen ihn nicht weiter subhastirt werden, sondern es wäre auf den Antrag des fleißigsten Gläubigers von dem Landgericht, in dessen Sprengel das Grundstück liegt, ein Kurator zu ernennen, gegen den dann, als gegen den fiktiven Eigenthümer, die Beschlagnahme und das weitere Verfahren gerichtet werden müßte. (Art. 2174 al. 2 B. G. B.)

## §. 116.

IV. Wenn auch der Drittbesitzer, gegen den einmal die Beschlagnahme verfügt worden ist, sich auf keine Weise dem Subhastationsverfahren entziehen kann und z. B. ohne Frage alle diejenigen Kosten tragen muß, die er durch unbegründete Oppositionen veranlaßt hätte, so erleidet er doch die Expropriation wegen einer ihm persönlich fremden Schuld und hat deßwegen folgende Rechte und Ansprüche:

1) Er hat eine Garantieklage gegen den ursprünglichen Schuldner (Art. 2178 B. G. B.), natürlich nicht bloß im Falle der Expropriation, sondern auch im Fall der Bezahlung der Hypothekarschuld und des delaissement par hypothèque, welches er daher, um sich gegen alle etwaigen Einreden zu sichern, wohl thun wird, nur nach vorheriger Mittheilung an den Schuldner vorzunehmen. (Troplong II. 827. — Grenier II. 329.)

2) Der Drittbesitzer hat eine, freilich äußerst beschränkte exceptio discussionis (Art. 2170—2171 B. G. B.). Ist nämlich der Extrahent nur

ein mit einer Generalhypothek versehener Gläubiger und befinden sich im Besitz des Schuldners noch andere Immobilien, welche in dem Bezirk desselben Appellhofs liegen und dem Extrahenten ebenfalls zur Hypothek stehen, so kann der Drittbesitzer die vorhergehende Diskussion dieser Immobilien verlangen, vorausgesetzt daß kein Rechtsstreit schwebt, in welchem dem Schuldner das Eigenthum der letztern Immobilien streitig gemacht wird (Art. 2170 verbunden mit Art. 2023 B. G. B.). Wo die Einrede der Diskussion überhaupt zulässig ist, kann sie auch unbedenklich erst im Laufe des Verfahrens gültig vorgebracht werden; dagegen ist sie gegen den Extrahenten, welchem eine Specialhypothek zusteht, wirkungslos.

3) Die Früchte, welche bis zu der Sommation, zu zahlen oder abzutreten, verfallen sind, lukrirt der Drittbesitzer, muß aber die nach diesem Zeitpunkt gezogenen Früchte zu ersetzen, vorausgesetzt, daß innerhalb drei Jahren, von der Sommation an gerechnet, die Beschlagnahme erfolgt ist. (Art. 2176 B. G. B.)

4) Da der Drittbesitzer als gutgläubiger Besitzer betrachtet wird, so kann er auch bis zur Konkurrenz des Mehrwerthes (plus-value) des Grundstücks Ersatz der von ihm geschehenen Ameliorationen verlangen; er kann dies Verlangen nicht nur dann stellen, wenn er das Grundstück abgetreten hat, sondern auch dann, wenn es gegen ihn subhastirt worden ist (II. Senat. 6. Februar 1840. Arch. 29. 1. 87. — II. Senat. 16. März 1843. Arch. 35. 1. 11.). Sowohl der Weg der direkten Klage gegen den Hypothekargläubiger, der die Kaufgelder eingezogen hat, als auch der Weg der Anmeldung im Ordreverfahren über den Steigpreis des gegen ihn subhastirten Immobile's steht ihm offen und zwar muß im letztern Falle seine Forderung wegen der Amelioration vorzugsweise locirt werden.

Ueber die Frage, wie der Mehrwerth zu berechnen sei und ob es dabei blos auf den zur Zeit der Subhastation vorhandenen Mehrwerth, oder auch auf den Mehrerlös ankomme: über diese Frage enthalten die citirten Urtheile entgegengesetzte Entscheidungen; auf keinen Fall kann jedoch der Drittbesitzer einen Ersatz verlangen, der den Betrag der wirklich geschehenen Verwendungen übersteige.

5) Wenn der Drittbesitzer auch, wie schon im Eingange des Paragraphen bemerkt wurde, gewiß diejenigen Kosten zu tragen hat, welche seine für unbegründet erkannten Oppositionen etwa veranlassen möchten, so ist er doch zu weiter Nichts verpflichtet, als die Versteigerung zu leiden; deßwegen kann er nach dem Zwangsverkauf von den unbefriedigt gebliebenen Hypothekargläubigern persönlich nicht in Anspruch genommen werden; auch kann man die Kosten des Subhastationsverfahrens nicht von ihm eintreiben.

## §. 117.

V. Alles, was bisher in den Nummern I. bis IV. dieses Abschnitts gesagt wurde, gilt nur von dem einfachen Drittbesitzer, der zur Zahlung der Schuld nicht persönlich verpflichtet ist. Ist dies letztere aber der Fall, so ist es gleichgültig, ob ursprünglich ein anderer Hauptschuldner existirte, oder nicht; der Drittbesitzer ist in seine Stelle getreten und es kann nunmehr gerade so gegen ihn subhastirt werden, als ob er der einzige Schuldner wäre, und alle singulären Bestimmungen, die sonst in Bezug auf den Drittbesitzer gelten, kommen nicht in Betracht.

Wann eine persönliche Verpflichtung eines Erwerbers zur Tilgung der vor seinem Erwerb entstandenen hypothekarischen Schulden, anzunehmen sei, hängt von den Umständen ab; deßwegen können auch nur einzelne Beispiele angeführt werden. Eine persönliche Verpflichtung wird z. B. anzunehmen sein, wenn der Drittbesitzer ein Erwerber von Successivrechten ist, wenn ihm das Grundstück unter der ausdrücklichen oder auch nur stillschweigenden Bedingung geschenkt worden ist, die Hypothekarschulden zu tilgen, ferner, da der Art. 1121 B. G. B. eine Stipulation zu Gunsten Dritter gestattet, stets dann, wenn er sich in seinem Erwerbtitel, auch ohne Konkurrenz des Hypothekargläubigers und bloß seinem Verkäufer gegenüber, zur Tilgung der Hypothekarschuld verbindlich gemacht hat (Cass. 21. Mai 1807. Sirey VII. 278. — Brux. 12. Mai 1810. Sirey XIII. 2. 365. — Troplong II. 813. — Persil reg. hyp. ad. art. 2172 N°. II. I. Senat 23. Dezember 1835. Arch. 23. 1. 8.), besonders wenn er von dem übernommenen Kapital Zinsen bezahlt hat, (Pailiet ad art. 2172 B. G. B. I. Senat 19. April 1830. Arch. 14. 1. 74.) — ferner möchte selbst dann eine persönliche Verpflichtung anzunehmen sein, wenn der Erwerber sich auch nur zur Einleitung des Purgationsverfahrens seinem Autor gegenüber verpflichtet hat. (Troplong II. 814.)

# Capitel VII.

## Von dem Forum der Subhastation.

### §. 118.

Wo nicht wegen der speciellen Bestimmungen der Art. 2210 und 2211 B. G. B. (in Bezug worauf lediglich auf die §§. 91—96 supra verwiesen wird) eine Ausnahme eintritt, gilt die Regel, daß das Expropriationsverfahren vor dasjenige Landgericht gehört, in dessen Sprengel die zu subhastirenden Grundstücke liegen; von dieser Regel enthält das Gesetz vom 14. November 1808 keine Ausnahme (Art. 4 des Gesetzes — cf. supra §. 97). Nicht nur das Expropriationsverfahren selbst, sondern auch das darauf Folgende, nämlich die Vertheilung des Kaufpreises im Ordreverfahren gehört zur Kompetenz des erwähnten Landgerichts und diese Kompetenz ist in Bezug auf die Subhastation eine soweit greifende, daß sowohl alle Einsprüche gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens, als auch alle Einreden gegen das Forderungsrecht des Extrahenten und überhaupt gegen die Zulässigkeit der Immobilarexekution zur ausschließlichen Kompetenz des betreffenden Landgerichts gehören (§. 19 Subh.-Ord.); auch die Entscheidung über die Eigenthumsansprüche Dritter gehört unter allen Umständen vor dieses Landgericht, wenn sie im Wege der Opposition gegen das Subhastationsverfahren angemeldet werden und zwar selbst dann, wenn die Immobilien, deren Distraktion begehrt wird, auch nicht in dem Bezirk des Landgerichts liegen, aber als zu einer Bewirthschaftung gehörend, mit andern in demselben liegenden Grundstücken zusammen subhastirt worden sind.

Daß auch die Opposition gegen den Zahlungsbefehl vor das forum rei sitae gehöre, sagen die Gesetze zwar nirgends ausdrücklich; es folgt auch nicht schon aus der Natur der Sache, da die betreffenden Gesetzesstellen, (Art. 2210 und Art. 4 des Gesetzes vom 14. November 1808), ihrem Wortlaute nach allein ein forum für das Expropriationsverfahren selbst begründen, zu welchem der Zahlungsbefehl nur ein Präliminarakt ist; indessen kann doch nicht bezweifelt werden, daß die Opposition gegen den Zahlungsbefehl vor dasjenige Landgericht gehört, in dessen Bezirk die Grundstücke liegen, deren Subhastation angedroht wird, denn sonst würde die Vorschrift des §. 2 Subh.-Ord., nach welcher schon im Zahlungsbefehl in der dort vorgeschriebenen Weise Domicil zu wählen ist, keinen Sinn haben; der Art. 673 B. P. O. schrieb sogar die Wahl eines Domicils an dem Sitze des Tri-

bunals, welches über die Saisie erkennen wird, vor, und wenn auch der Zahlungsbefehl nur der Vorläufer des Subhastationsverfahrens ist, so hängt er doch so innig damit zusammen, daß jede Opposition gegen den Zahlungsbefehl sich mit Nothwendigkeit auf das Expropriationsverfahren selbst bezieht.

## §. 119.

Die Landgerichte leiten die Subhastation nicht selbst, sondern die Friedensrichter handeln als ihre beständigen Kommissare (§. 1 Subh.-Ord.)

Dasjenige Friedensgericht ist das zuständige, in dessen Bezirk die zu subhastirenden Grundstücke liegen; doch kann das Landgericht aus besondern Gründen auf den Antrag des Gläubigers oder Schuldners das Verfahren bei sich selbst durch einen Deputirten leiten lassen. Liegen jedoch die Immobilien in verschiedenen friedensrichterlichen, aber in demselben landgerichtlichen Bezirk, so hat das Landgericht, wenn es anders nicht auf den Antrag des Gläubigers oder Schuldners das Verfahren bei sich durch einen Deputirten leiten läßt, (§. 1. Subh.-Ord. al. 1.), stets den Friedensrichter zu ernennen, vor welchem die Subhastation Statt haben soll. Eine solche Ernennung ist zulässig und nöthig: 1) wenn die Grundstücke in einem landräthlichen Kreise liegen, 2) wenn, nach der im §. 97 supra angenommenen Auslegung des Gesetzes vom 14. November 1808, der Zwangsverkauf der in verschiedenen (jedoch unter dasselbe Landgericht gehörenden) Kreisen gelegenen und nicht zu derselben Bewirthschaftung gehörenden Güter des Schuldners in einem und demselben Verfahren geschehen darf (vgl. §. 97 supra), 3) wenn zufolge der im §. 107 fine adoptirten Ansicht die nicht gemeinschaftlichen und in verschiedenen (jedoch zu demselben Landgerichtsbezirk gehörenden) Kreisen, liegenden Güter mehrer Solidarschuldner in e i n e m Verfahren subhastirt werden können (cf. §. 107 supra).

Außer diesen Fällen wird das Landgericht niemals aus mehren Friedensrichtern einen zu ernennen haben und namentlich nicht in dem Falle, wo Güter, die zu derselben Bewirthschaftung gehören, subhastirt werden, denn hier ist das Friedensgericht, in dessen Bezirk der Hauptsitz der Bewirthschaftung oder der nach dem Katasteralreinertrag bedeutendste Theil der Grundstücke liegt, schon von selbst das zuständige (arg. Art. 2210 al. 2. — Vgl. auch Arch. 46. 1. 24).

# Zweiter Theil.

---

# Die Subhastationsordnung
## vom 1. August 1822

paragraphenweise erläutert

unter vollständiger Berücksichtigung der bisherigen

Jurisprudenz.

# Zweiter Theil.

## Die Subhastationsordnung

## vom 1. August 1822

paragraphenweise erläutert

unter vollständiger Berücksichtigung der bisherigen

Jurisprudenz.

Vorbemerkung. Die mit einem Stern bezeichneten Paragraphen des Subhastationsgesetzes sind nach §. 32 Subh.-Ord. bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben.

§. 1.

Bei dem Subhastationsverfahren sollen künftig die Friedensrichter als beständige Commissarien der Landgerichte handeln. Die Subhastation geschieht vor dem Friedensrichter, in dessen Gerichtsbezirke die zu veräußernden Immobilien liegen; es sei denn, daß der Gläubiger oder der Schuldner wegen der besondern Natur des zu veräußernden Grundstücks oder wegen anderer Verhältnisse ein Anderes begehren, in welchem Falle das Landgericht das Verfahren bei sich selbst durch einen Deputirten leiten lassen kann.

Wenn die Immobilien, deren Beschlagnahme beabsichtigt wird, in verschiedenen friedensgerichtlichen Bezirken liegen; so wird auf den Antrag des Gläubigers von dem Landgerichte derjenige Friedensrichter ernannt, vor welchem die Subhastation Statt haben soll.

Vgl. Theil I. §. 96. 107 fine und 119.

* §. 2.

Jedem Beschlage zum Verkaufe der Immobilien muß eine Aufforderung zur Zahlung (Zahlungsbefehl) vorhergehen, welche mit der Abschrift der Urkunde, worauf sie sich gründet, dem Schuldner in den, für die Vorladungen allgemein bestimmten Formen zugestellt wird. Sie enthält von Seiten des Gläubigers die Erklärung, daß im Nichtzahlungsfalle zur Beschlagnahme der Immobilien des Schuldners geschritten werden solle. Ist der Gläubiger in dem Bezirke des Friedensgerichts, vor welchem die Subhastation geschehen soll, nicht wohnhaft, so muß er in der erwähnten Aufforderung zur Zahlung einen Wohnort in diesem Bezirk wählen.

Ist nach der Bestimmung des vorigen Paragraphen von mehreren Friedensrichtern Einer von dem Landgerichte bestimmt, oder hat das Landgericht die Leitung des Verfahrens durch einen Deputirten aus seiner Mitte verordnet, so wird der desfallsige Beschluß gleichzeitig mit der Aufforderung zur Zahlung dem Schuldner zugestellt.

I. Der Zahlungsbefehl bildet keinen integrirenden Theil sondern nur einen Präliminarakt des Zwangsvollstreckungsverfahrens; eben weil er die Exekution androht, kann er kein Theil derselben sein. Schon die Wortfassung des Gesetzes bestätigt dies; Art. 673 B. P. O.: „la saisie immobilière sera précédée d'un commandement . . . . il enoncera, que . . . . il sera procédé a la saisie.“ Hiermit im Wesentlichen übereinstimmend, lautet §. 2 Subh.-Ord.: „Jedem Beschlage . . . muß eine Aufforderung zur Zahlung vorhergehen . . . . Sie enthält die Erklärung, daß . . . zur Beschlagnahme . . . geschritten werden soll.“ (Grenier traité hyp. II. 485).

Praktische Folgen des aufgestellten Grundsatzes sind beispielsweise:

1) Das Verbot des Art. 877 B. G. B., nach welchem exekutorische Titel gegen Erben, erst 8 Tage nach der Zustellung an sie, vollstreckt werden dürfen, bezieht sich nicht auf den Zahlungsbefehl — mit andern Worten: die Zustellung des Titels an die Erben braucht nicht dem gegen sie zu erlassenden Zahlungsbefehl 8 Tage vorherzugehen, vielmehr genügt die mit dem Zahlungsbefehl zugleich erfolgte Zustellung, da nach §. 3 Subh.-Ord. ohnehin mit der Beschlagnahme sogar einen Monat lang nach dem Zahlungsbefehl gewartet werden muß, (Cass. Paris 5. Februar 1811. Sirey XI. 98. — I. Senat 5. Februar 1834. Arch. 20. 1. 51—53. I. Senat 27. Juni 1836. Arch. 23. 1. 174).

2) Obgleich der Art. 2214 B. G. B. vorschreibt, daß der Cessionar nicht vor der Signifikation des Cessionsakts an den Schuldner, das Expropriationsverfahren anstellen könne, ist doch die Signifikation vor dem Zahlungsbefehl nicht nöthig; sie kann vielmehr gleichzeitig mit demselben geschehen (Duranton XXI. 49. — Nimes 2. Juli 1808. Sirey XI. 61. — Vgl. Theil I. §. 27 N°. 3).

3) Der Zahlungsbefehl ist deßwegen nicht nichtig, weil er die Beschlagnahme eines Grundstückes androht, welches von dem Schuldner mit andern Miterben oder Gesellschaftern in ungetheilter Gemeinschaft besessen wird, (Art. 2205 B. G. B.). Käme daher das Grundstück später in das Loos des Schuldners oder würde es von ihm in der Erblicitation erstanden, so könnte auf Grund des erlassenen Zahlungsbefehls gültig die Beschlagnahme verfügt werden, vorausgesetzt natürlich, daß die 3 monatliche Frist des §. 3 Subh.-Ord. noch nicht abgelaufen wäre. (cf. Theil I. §. 78).

4) Wenn der Art. 2207 B. G. B. entgegen der Regel des Art. 2206 ein Expropriationsverfahren gegen Minderjährige oder Interdicirte, ohne vorherige Diskussion des Mobilarvermögens, in dem Falle gestattet, wo die Poursuiten gegen einen Großjährigen oder vor der Interdiktion bereits begonnen haben, so tritt diese Ausnahmebestimmung des Art. 2207 dann nicht ein, wenn gegen den Großjährigen oder vor der Interdiktion bloß der Zahlungsbefehl erlassen worden ist (Duranton XXI. 22. cf. Theil I. §. 81—84 §. 85.)

II. Die Zustellung des Zahlungsbefehls geschieht durch einen Gerichtsvollzieher, und zwar ist hierzu auch ein Friedensgerichtsvollzieher befugt, insofern die zu subhastirenden Immobilien im Bezirk desjenigen Friedensgerichts liegen, bei welchem er angestellt ist und insofern er innerhalb der Grenzen dieses Bezirks instrumentirt, (I. Senat 16. Januar 1826. Arch. 9. 1. 21.)

Der Zahlungsbefehl braucht nicht im Namen des Königs zugestellt zu werden, weil kein Gesetz die Thätigung der Exekutionsakte im Namen des Königs vorschreibt (L. G. Köln 23. Januar 1851. Arch. 46. 1. 89.).

Da der Art. 556 B. P. O. nur vorschreibt, daß der Gerichtsvollzieher, um die saisie immobilière vornehmen zu dürfen, mit einer besondern Vollmacht versehen sein müsse, so kann sich diese Vorschrift nur auf das Expropriationsverfahren selbst, nicht aber auf den Zahlungsbefehl beziehen, (Cass. 12. Mai 1813. Sirey XIV. 277.) und da nach der Subh.-Ord. die Beschlagnahme nicht mehr vom Gerichtsvollzieher, sondern vom Gericht ausgeht, so bedürfen die Gerichtsvollzieher jetzt weder zur Zustellung des Zahlungsbefehls, noch zu irgend einer andern Zustellung im Laufe des Subhastationsverfahrens einer Specialvollmacht.

Wird auf Grund eines Notarialakts, welcher die Wahl eines Domicils zum Behuf der Vollstreckung enthält, (Art. 111 B. G. B.), subhastirt, so kann der Zahlungsbefehl gültig in dem gewählten Domicil zugestellt werden, (cass. Par. 5. Februar 1814. Sirey XI. 98. — Paris 12. Juni 1809. Sirey X. 2. 79. Vgl. auch die Erwägungen eines Urtheils I. Senat 14. Januar 1828. Arch. 11. 1. 201.) Wäre jedoch auf den notariellen Akt ein Urtheil erfolgt, auf Grund dessen das Verfahren eingeleitet würde, so könnte natürlich die Signifikation nicht mehr in dem gewählten Domicil erfolgen; dagegen ist unter allen Umständen die Zustellung an den Schuldner selbst, auch außerhalb des wirklichen oder gewählten Domicils gültig.

III. Die Urkunde, welche nach der Vorschrift des Paragraphen abschriftlich mitgetheilt werden muß, ist weiter nichts als der exekutorische Titel selbst, in welchem die Vollstreckung Namens des Königs befohlen wird. Hieraus folgt z. B.:

Der Cessionar der auf einen exekutorischen Titel basirten Forderung braucht nicht den Cessionsakt im Zahlungsbefehl abschriftlich mitzutheilen, wenn die Mittheilung bereits früher geschehen ist. (cass. Par. 16. April 1821. Sirey XXI. 1. 414. — Toulouse 11. Januar 1831. Sirey XXXI. 2. 217. — Theil I. §. 25. 27 N°. 2);

Der Erbe oder Universallegatar braucht nicht Abschrift derjenigen Titel oder Urkunden zu geben, welche ihn als solchen legitimiren, sondern es bedarf bloß einer Mittheilung des Urtheils oder Notarialakts, auf welchem die Forderung beruht (Bordeaux 25. März 1829. Sirey XXIX. 2. 344);

Handelt es sich von einer Obligation, die durch einen Bevollmächtigten konsentirt worden ist, so ist die abschriftliche Mittheilung der Vollmacht nicht nöthig, (Bourges 11. Januar 1822. Sirey XXII. 2. 22.); dasselbe gilt von dem Akt, durch welchen einem Kontumacialurtheil acquiescirt worden ist, denn das Kontumacialurtheil ist für sich selbst allein ein exekutorischer Titel und der Anerkennungsakt wird z. B. erst dann nöthig, wenn der Subhastat auf Grund einer angeblichen Peremtion Einspruch machen wollte;

Wird gegen einen Drittarrestaten auf Grund eines Urtheils subhastirt, welches ihn als persönlichen Schuldner (débiteur pur et simple) kondemnirt hat, so bedarf es nicht der Abschrift des ursprünglichen Forderungstitels, sondern nur der Abschrift des Urtheils, (Bordeaux 20. März 1835. Sirey XXXVI. 2. 56. 407.);

Wenn durch einen spätern exekutorischen Titel, die aus frühern Forderungstiteln herrührende Obligationssumme festgesetzt worden ist, so ist nur die abschriftliche Mittheilung des spätern Titels, nicht aber der ursprünglichen Forderungstitel nöthig, (Bordeaux 5. August 1829. Jp. du 19me s. 1830. 2. 86.).

Dagegen muß wohl beachtet werden, daß, weil der Paragraph zu den bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden gehört, eine Abschrift des exekutorischen Titels auch dann mit dem Zahlungsbefehl gegeben werden muß, wenn der Titel schon früher significirt war.

IV. Wenn der Paragraph von einer Abschrift des Titels spricht, so kann damit nur eine vollständige Abschrift gemeint sein, wie der Art. 673 B. P. O. sich ausdrückt: eine „copie entiere du titre, en vertu duquel la saisie est faite" und es muß daher jetzt noch ebensogut, wie unter der Herrschaft des Art. 673 B. P. O. gelten, daß jede wesentliche Auslassung oder Aenderung in der Abschrift die Nichtigkeit des Zahlungsbefehls zu Wege bringt; dies wird z. B. der Fall sein, wenn die exekutorische Formel weggelassen ist, da ja das Vorhandensein derselben eine unerläßliche Bedingung der Vollstreckbarkeit eines Urtheils überhaupt ist. (Brux. 16. Februar 1809. Sirey XV. 2. 179. — Pigeau II. p. 277). Dagegen schaden Auslassungen unbedeutender einzelner Wörter, die man leicht suppliren kann, der Gültigkeit des Zahlungsbefehls nicht, (Bordeaux 20. Mai 1828. Sirey XXVIII. 2. 276.); sogar ist mehrmals erkannt worden, daß die Auslassung oder die fälschliche Angabe des Datums in der Abschrift des Titels nicht schade, wenn nur in dem tenor des Zahlungsbefehls selbst das richtige Datum enthalten sei. (cf. Dalloz XXIV. p. 137 N°. 13). Indessen möchte dies doch etwas Bedenkliches haben, weil das Datum unläugbar ein wesentlicher Bestandtheil des Titels ist. Da überhaupt die Beurtheilung der Frage, ob Unrichtigkeiten der Abschrift wesentliche seien oder nicht, für jeden einzelnen Fall dem freien Ermessen der Gerichte anheimfällt, so ist mit größter Sorg-

falt darauf zu sehen, daß der Zahlungsbefehl vollkommen genaue Abschrift des Titels enthalte. — Dagegen schreibt der Paragraph nicht vor, daß im commandement die Vollständigkeit der Abschrift erwähnt werde; eine solche Erwähnung ist unnöthig (Bordeaux 25. März 1829. Sirey XXIX. 2. 344).

V. Eine Bezeichnung und Beschreibung der zu subhastirenden Immobilien ist durch den Paragraphen nicht vorgeschrieben sondern nur die Erklärung, daß im Nichtzahlungsfalle zur Beschlagnahme der Immobilien des Schuldners geschritten werden solle. Ein commandement ist daher deßwegen nicht nichtig, weil es keine solche Beschreibung enthält (cass. Par. 6 fruit. an 11. Sirey IV. 2. 22. — Pigeau II. 277). Der Schuldner weiß schon selbst, welche seiner Grundstücken dem Extrahenten verpfändet oder sonst angreifbar sind; deßwegen hat der Gesetzgeber mit Recht, eine Bezeichnung der Immobilien nicht vorgeschrieben; sie würde auch nur unnütze Kosten verursachen.

VI. Die Wahl eines Domicils in dem Friedensgerichtsbezirk, in welchem die zu subhastirenden Immobilien liegen, hat die Bedeutung, daß der Subhastat in diesem Domicil an den Extrahenten alle Zustellungen vornehmen lassen kann, zu welchen das Subhastationsverfahren Veranlassung geben mag. Jedoch kann eine offre réelle nach Art. 1258 N°. 6 B. G. B. nur an dem Zahlungsort, oder der Person des Gläubigers in seinem wirklichen oder für die Vollziehung des Vertrages gewählten Domicil gemacht werden, und eine Berufungsurkunde, sei die Appell nun gegen das Urtheil gerichtet, welches den Titel der Vollstreckung bildet, oder aber gegen ein Urtheil, welches im Laufe des Verfahrens vor oder nach dem Licitationstermin erhobene Kontestationen entscheidet, ist nach Art. 456 B. P. O bei Strafe der Nichtigkeit dem Gläubiger in Person oder in seinem wirklichen Domicil zuzustellen, wenn nicht die durch den §. 31 Subh.=Ord. nachgelassene Zustellung an den beim Landgericht aufgetretenen Anwalt vorgezogen wird. Diese Beschränkungen der Art. 1258 N°. 6 B. G. B. und 456 B. P. O. müssen auch trotz des Art. 584 B. P. O. für das Subhastationsverfahren bestehen bleiben, weil letzterer Artikel als ein Ausnahmegesetz nicht über das Gebiet der Mobilarexekution, auf welche er sich allein bezieht, ausgedehnt werden darf. (Merlin repert. mot. sais. imm. §. 6 art. 1 N°. 1. — Cass. 21. August 1811. Sirey XI. 349. — Carré anal. Qu. 1837. — Berriat p. 568 note 17. — contra: Pigeau II. part. 5 tit. IV. chap. I. — Chauv. sur Carré Qu. 2010).

VII. Hat der Schuldner Gründe gegen den Zahlungsbefehl zu opponiren, mögen diese Gründe sich nun auf formelle Nichtigkeiten des Zahlungsbefehls oder auf die Unzulässigkeit des Subhastationsverfahrens überhaupt, z. B. auf den Mangel eines genügenden exekutorischen Titels beziehen, so kann er zwar mit seinem deßfallsigen Einspruch bis zum Licitationstermin

warten; er kann aber auch gleich gegen den Zahlungsbefehl an das Landgericht opponiren und zwar ohne daß er die Beschlagnahme abzuwarten nöthig hätte, (Toulouse 11. Januar 1831. Sirey XXXI. 2. 217.)

Dasselbe Recht der Opposition hat der in Anspruch genommene Drittbesitzer natürlich gegen die Sommation; dagegen ist ein Dritter, welcher Eigenthümer des mit Subhastation bedrohten Grundstücks, zu sein behauptet, nicht zu einer Opposition gegen Zahlungsbefehl resp. Sommation befugt; will er seine Rechte schon im Subhastationsverfahren geltend machen, so muß er nach der Beschlagnahme als Eigenthumsopponent auftreten; ebensowenig kann ein Dritter, welcher den in Anspruch genommenen Drittbesitzern etwa garantiepflichtig sein möchte, aus diesem Grunde gegen Zahlungsbefehl und Sommation opponiren, so lange er dieserhalb nicht zur Sache beigeladen worden ist, (II. Senat 9. Januar 1834. Arch. 19. 1. 277.)

VIII. 1) Wenn auch die Subh.=Ord. mit keinem einzigen Wort des Verfahrens gegen den Drittbesitzer erwähnt, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß der Drittbesitzer oder, wie er in einigen Urtheilen genannt wird, der Realschuldner, der einzige wahre Subhastat ist; gegen ihn muß das Verfahren gerichtet werden, wenn sich die betreffenden Immobilien nicht mehr in der Hand des ursprünglichen Schuldners befinden und wo die Subh.=Ord. Zustellungen an den „Schuldner" vorschreibt, da sind sie an den Drittbesitzer zu machen. Hierfür hat sich auch ein konstanter Gerichtsgebrauch entschieden, (Vgl. z. B. I. Senat 15. Januar 1827. Arch. 10. 1. 122. — I. Senat 24. Januar 1831. Arch. 15. 1. 164. — II. Senat 14. Juli 1831; 15. 1. 201. — II. Senat 17. Mai 1833. 18. 1. 184. — I. Senat 27. Februar 1839; 29. 1. 185).

Nichtsdestoweniger hat die Subh.=Ord. den Art. 2169 B. G. B. nicht aufgehoben, (I. Senat 9. Januar 1826. Arch. 9. 1. 18.) und es ist daher, wenn gegen den Drittbesitzer subhastirt werden soll, sowohl ein dem Paragraphen entsprechender Zahlungsbefehl an den ursprünglichen Schuldner, als auch eine Aufforderung an die Drittbesitzer nöthig, die hypothekarische Schuld zu zahlen oder die verhypothecirten Grundstücke abzutreten (cf. Theil I. Cap. VI. Abschnitt II.) Doch ist hierbei zu beachten, daß die Zustellung eines Zahlungsbefehls an den ursprünglichen Schuldner nur so lange gefordert werden kann, als ein solcher Schuldner vorhanden ist; haben daher z. B. die zur Erbschaft berufenen Verwandten des verstorbenen Schuldners erklärt, nicht erben zu wollen, so bedarf es bloß einer Aufforderung an den Drittbesitzer zu bezahlen oder zu räumen. (I. Senat 6. April 1825. Arch. 8. 1. 196.)

2) Ob die Sommation an den Drittbesitzer ein Zahlungsbefehl im Sinne des §. 2 Subh.=Ord. sein müsse und ob sie namentlich bei Strafe der Nichtigkeit Abschrift des exekutorischen Titels enthalten müsse, ist unter der Herrschaft der Subh.=Ord. mehrmals zur Sprache gekommen, und in

entgegengesetztem Sinne entschieden worden. Bisweilen wurde angenommen, daß nach §. 2 Subh.=Ord. kein Unterschied zwischen der sommation, und dem commandement bestehe und daß daher, dem Drittbesitzer, da er im Sinne der Subh.=Ord. als der „Schuldner" zu betrachten sei, stets ein dem §. 2 Subh.=Ord. entsprechender Zahlungsbefehl zuzustellen sei, (cf. I. Senat 13. Dezbr. 1824. Arch. 8. 1. 100. — I. Senat 9. Januar 1826. Arch. 9. 1. 18.)

Dagegen wurde durch ein Urtheil des I. Senat 12. März 1827. Arch. 10. 1. 186. erwogen, daß die Entscheidung der Frage, ob auch dem Drittbesitzer ein eigentliches Kommandement zu geben sei von dem Umstande abhange, ob der Drittbesitzer, als ein persönlich verpflichteter, zugleich ex nexu personali oder bloß als Besitzer ex nexu reali hafte; ferner findet sich eine indirekte Bestätigung der Ansicht, daß die Sommation kein Zahlungsbefehl sei, in dem Urtheil des III. Senats vom 18. März 1840. (Arch. 30. 1. 52.), indem dort angenommen wurde, daß die Aufforderung an den Drittbesitzer nur der dreijährigen Peremtion des Art. 397 B. P. O., nicht aber der Peremtion des §. 3 Subh.=Ord. unterliege.

Ueber die angeregte Frage enthält die Subh.=Ord. leider keinen Aufschluß und da auch die von der saisie immobilère handelnden Titel der B. P. O. kein Wort von dem Verfahren gegen den Drittbesitzer enthalten, so ist die Frage allein aus der Natur der, durch die Art. 2166 ff. B. G. B. begründeten, Rechtsverhältnisse zu entscheiden.

Daß das Subhastationsverfahren selbst, gegen den Drittbesitzer zu richten sei, ergiebt sich schon aus den Worten des Art. 2169 B. G. B. „chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui" noch mehr aber aus dem Art. 2174, nach welchem im Falle einer Abtretung von Seiten des Drittbesitzers, das Verfahren nicht etwa gegen den ursprünglichen Schuldner, sondern gegen einen für das abgetretene Immobile zu ernennenden Kurator als den fiktiven Eigenthümer zu richten ist.

Hiermit verträgt es sich jedoch ganz gut, daß der Art. 2169 statt des einfachen Zahlungsbefehls an den Subhastaten einen doppelten Akt verlangt, nämlich Zahlungsbefehl an den ursprünglichen Schuldner und Sommation an den Drittbesitzer, die Schuld zu zahlen oder abzutreten. Der Zahlungsbefehl an den ursprünglichen Schuldner, hat jedoch für den Drittbesitzer nur die Bedeutung, ersteren in Verzug, zu zahlen, zu versetzen und mit der drohenden Subhastation bekannt zu machen; deßwegen kann der Drittbesitzer die formellen Nichtigkeiten des Zahlungsbefehls nicht für sich geltend machen, sondern es steht ihm nur die Einrede zu, es sei gar kein Zahlungsbefehl oder wenigstens nicht der zum Empfange befähigten Person zugestellt, (Troplong II. 795. — Grénier II. 343. — Nimes 20. März 1822. Dalloz XXIV. p. 158).

Wenn nun auch die Sommation kein Zahlungsbefehl ist, so muß doch dem Drittbesitzer als Subhastaten die Erklärung gemacht werden, daß im

Nichtzahlungsfalle zur Beschlagnahme geschritten werden solle; es muß ihm Abschrift der Titel mitgetheilt und die Erwählung eines Domicils bekannt gemacht werden; auch hat er Anspruch darauf, daß ein etwaiger Beschluß des Landgerichts, durch welchen von mehren Friedensrichtern Einer ernannt ist, zu seiner Kenntniß gebracht werde. Wird nicht alles dieses gegen ihn beobachtet, so kann er ohne Frage die Vernichtung des Verfahrens verlangen, denn er ist jedenfalls der wahre Subhastat, und wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man denjenigen, gegen den wegen einer fremden Schuld subhastirt wird, schlimmer stellen, als den persönlich zur Zahlung verpflichteten Schuldner. Da nun der Drittbesitzer nach dem Obigen die deßfallsigen Nichtigkeiten des dem persönlichen Schuldner zugestellten Zahlungsbefehls nicht rügen kann, so muß die Sommation an ihn gewiß bei Strafe der Nichtigkeit alles dasjenige enthalten, was der §. 2 Subh.-Ord. vorschreibt, weil sonst, im Falle der Subhastation gegen einen Drittbesitzer, die Erfüllung der Vorschriften des §. 2 Subh.-Ord. durch Nichts gesichert sein würde. Dagegen unterscheidet sich die Sommation in mancher andern Beziehung von dem Zahlungsbefehl; sie muß nicht bloß die einfache Aufforderung zu zahlen, sondern die alternative, zu räumen oder abzutreten, enthalten und wenn sub V. gesagt wurde, der Zahlungsbefehl brauche die Immobilien, welche man zur Subhastation zu bringen beabsichtige, nicht zu bezeichnen, so muß dagegen die Sommation zwar keine Beschreibung aber doch eine hinreichende Bezeichnung desjenigen Grundstücks enthalten, zu dessen Abtretung der Drittbesitzer alternativ aufgefordert wird, denn abgesehen davon, daß der Sommirte verschiedene Grundstücke von demselben Autor besitzen kann, muß auch jede Aufforderung zur Räumung von Grundstücken als ein bedeutungsloser Akt erscheinen, wenn die Grundstücke nicht wenigstens so weit bezeichnet sind, daß zu erkennen ist, welche gemeint seien.

3) Ob der Zahlungsbefehl der Sommation, oder die Sommation dem Zahlungsbefehl vorhergehen müsse, ist eine sehr streitige Frage, da kein Gesetz das eine oder andere bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibt;

Da jedoch die Sommation in Bezug auf den Drittbesitzer gewissermaßen schon ein Anfang der Vollstreckung gegen das verhypothecirte Grundstück ist, indem sie das Recht, zu purgiren, auf eine bestimmte Frist beschränkt, so widerstrebt es der Natur der Sache, einen solchen Akt, der dem Drittbesitzer eine Verbindlichkeit auferlegt, die er vorher nicht hatte, zuzulassen, ehe noch der ursprüngliche Schuldner zur Tilgung der hypothekarischen Forderung aufgefordert worden ist; da überdies der Art. 2169 B. G. B. den Zahlungsbefehl voranstellt, so muß gewiß die Sommation dem Zahlungsbefehl folgen, ja sogar von der Zustellung des letztern Kunde geben, was am besten durch abschriftliche Mittheilung geschieht. (Troplong II. 791. — **Pigeau III. p. 69. — Dalloz V°. hyp. N°. 11. — contra: Persil reg. hyp. art.** 2169 II.)

4) Was die Nichtigkeiten des Zahlungsbefehls und der Sommation betrifft, so wurde schon sub 2. bemerkt, daß der Drittbesitzer die formellen Nichtigkeiten des Zahlungsbefehls nicht geltend machen könne; dies hat seinen natürlichen Grund darin, daß die Sommation für ihn die Stelle des Zahlungsbefehls vertritt; dagegen wurde ihm eine Einrede stets dann zugesprochen, wenn ein Zahlungsbefehl entweder gar nicht oder nicht der zum Empfange befähigten Person, z. B. nicht dem Vormund des minderjährigen Schuldners zugestellt worden wäre; der Drittbesitzer ist in der That nur dabei interessirt, daß der Schuldner, der vielleicht Mittel besitzt, die drohende Subhastation zu hindern, von ihr in Kenntniß gesetzt werde;

Dagegen kann der Schuldner meines Erachtens alle Nichtigkeiten der Sommation geltend machen, welche letztere dergestalt zu einer vitiösen machen, daß sie den Drittbesitzer nicht einmal in Bezug auf das Hypothekenreinigungsverfahren in Verzug setzt, denn der Schuldner ist wegen seiner Garantiepflicht wesentlich dabei interessirt, daß nicht gegen denjenigen Drittbesitzer subhastirt werde, der noch in der Frist ist, das Hypothekenreinigungsverfahren anzustellen. Wenn hiernach auch z. B. durch den Mangel der Abschrift des Titels in der Sommation für den Schuldner keine Nichtigkeitseinrede begründet werden möchte, so wird dies dann der Fall sein, wenn der Sommation die allgemeinen Erfordernisse eines Gerichtsvollzieherakts fehlen (Arch. 22. B. 46.) oder wenn sie nicht die doppelte Aufforderung enthält, die Schuld zu tilgen oder das Grundstück abzutreten.

Daß endlich der Schuldner die Aufhebung des Zahlungsbefehls, wegen jeder Nichtigkeit desselben, und der Drittbesitzer die Aufhebung des ganzen Verfahrens, wegen jeder Nichtigkeit der Sommation verlangen könne, unterliegt keinem Zweifel.

Ueberall, wo nach dem Obigen Schuldner oder Drittbesitzer befugt sind, eine Nichtigkeit des Zahlungsbefehls oder der Sommation geltend zu machen, müssen sie es spätestens im Licitationstermin im Wege des Einspruchs gegen das Subhastationsverfahren thun, und zwar wegen Art. 173 B. P. O., bevor sie irgend eine andere, sich auf die Zulässigkeit des Verfahrens beziehende, Einrede vorbringen; die Nichtigkeitserklärung kann jedoch auch im Wege einer besondern Opposition gegen den Zahlungsbefehl oder die Sommation bei demjenigen Landgericht, in dessen Sprengel die mit Subhastation bedrohten Immobilien liegen, verlangt werden.

5) Ist der Drittbesitzer ein zur Bezahlung der Schuld persönlich verpflichteter (cf. Theil I. §. 117), so braucht keine Sommation an ihn erlassen zu werden, weil er ohnehin schon nicht das Recht hat, durch Abtretung des Grundstücks der ihm drohenden Subhastation sich zu entziehen; dagegen muß ihm ein dem §. 2. Subh.=Ord. entsprechender Zahlungsbefehl zugestellt werden; da übrigens der persönlich haftende Drittbesitzer in der Regel zur Tilgung der ganzen Hypothekarschuld verpflichtet und daher als ein Solidarschuldner zu betrachten ist, so wird, streng genommen, in diesem Fall ein

Zahlungsbefehl an den ursprünglichen Schuldner nicht nöthig sein, obgleich allerdings der Vorsicht wegen am besten auch dem ursprünglichen Schuldner ein Zahlungsbefehl zugestellt werden mag.

### * §. 3.

Die Beschlagnahme der Immobilien kann nicht eher als nach Ablauf eines Monats vom Tage des Zahlungsbefehls erfolgen. Läßt der Gläubiger von diesem Tage an mehr als drei Monate verstreichen so wird der Zahlungsbefehl als nicht existirend betrachtet und muß zum Zweck der Beschlagnahme wiederholt werden.

I. Wenn auch der Ausdruck „Monat" sowohl im B. G. B., als auch in der Subh.-Ord. sonst stets einen Kalendermonat bedeutet, so mag doch die von Compes ausgesprochene Ansicht (Compes, die Subh.-Ord. S. 46 Anmerk.), nach welcher der Monat im Falle des §. 3 eine Frist von „dreißig" Tagen bedeutet, begründet sein. Zwar würde eine Aenderung der Frist des Art. 674 B. P. O. nichts auffallendes gehabt haben, indem dadurch eine Uebereinstimmung mit der Purgationsfrist des Art. 2183 B. G. B., welche einen Kalendermonat beträgt, (cf. Theil I. §. 113) erzielt worden wäre.

Indessen ist bereits im ersten Theil an der citirten Stelle ausgeführt, warum eine Uebereinstimmung mit der Purgationsfrist nicht unumgänglich nöthig sei, und wenn man nun bedenkt, daß dagegen der §. 3 Subh.-Ord. eine wahre Antinomie gegen den fortwährend geltenden Art. 2169 B. G. B. bilden würde, wenn der Monat hier nicht 30 Tage bedeutete, und daß, wie aus den bei Compes an der citirten Stelle enthaltenen Angaben hervorgeht, bei der schließlichen Redaktion der Subh.-Ord. die dem Wort „Monat" in Parenthese hinzugefügten Worte „dreißig Tage" nur aus Versehen weggelassen sind, so kann man allerdings wohl kaum umhin, hier unter der Monatsfrist ausnahmsweise eine Frist von dreißig Tagen zu verstehen. Da indessen der Monat in der Subh.-Ord. sonst immer Kalendermonat bedeutet, (cf. I. Senat 30. Nov. 1825. Arch. 8. 1. 273. — I. Senat 31. Januar 1825. Arch. 9. 1. 103. — II. Senat 6. März 1834. Arch. 20. 1. 13.), so kann die hier aufgestellte Ansicht nicht als über allen Zweifel erhaben betrachtet werden und der Extrahent wird daher wohl thun, wenigstens 31 Tage nach dem Zahlungsbefehl verstreichen zu lassen, wenn der Kalendermonat 31 Tage enthält.

II. Die durch den §. 3 eingeführte Peremtion des Zahlungsbefehls findet erst nach Ablauf von 3 Kalendermonaten Statt, indem gar kein Grund vorliegt, hier unter den drei Monaten 90 Tage zu verstehen, zumal da der Art. 674 B. P. O. auch schon die peremtorische Frist von drei Monaten enthielt.

III. Da nach §. 6 Subh.-Ord. die Zustellung der Beschlagnahmeverfügung an den Schuldner als förmliche Beschlagnahme dient, so tritt die Peremtion des Zahlungsbefehls auch dann ein, wenn innerhalb der nächsten 3 Monate nach ihm der Beschlag zwar verfügt, aber dem Schuldner nicht zugestellt wird. (cf. I. Senat 26. Dezember 1825. Arch. 8. 1. 291. — I. Senat 20. Februar 1826. Arch. 9. 1. 52. — I. Senat 26. April 1831. Arch. 16. 1. 66. — I. Senat 6. Mai 1828. Arch. 17. 1. 219.)

IV. Die Opposition gegen den Zahlungsbefehl suspendirt natürlich den Lauf der dreimonatlichen Frist des §. 3 Subh.-Ord. Nach der Zustellung des den Einspruch verwerfenden Erkenntnisses fängt jedoch die Frist wieder an zu laufen, ohne daß die dreimonatliche Appellfrist in Betracht käme, wenn wirklich keine Berufung eingelegt worden ist, (cf. II. Senat 7. Januar 1830. Arch. 14. 1. 5.). Sollte jedoch Berufung eingelegt werden, so muß man unterscheiden, ob sie erst nach Ablauf der, von der Zustellung des Urtheils erster Instanz an, wieder fortlaufenden Frist des §. 3, oder ob sie vorher eingelegt wurde; im ersten Falle ist die Peremtion des Zahlungsbefehls bereits vorhanden und der Appellakt kann hieran nichts mehr ändern, denn der Gläubiger war bis zu der Zustellung desselben in der Lage, eine Beschlagnahmeverfügung extrahiren zu können; ist dagegen die Berufung innerhalb der noch laufenden Frist des §. 3 Subh.-Ord. eingelegt, so fängt letztere von der Zustellung des die Berufung verwerfenden Urtheils zweiter Instanz wieder an zu laufen, wobei jedoch auch die von der Zustellung des Urtheils I. Instanz bis zur Einlegung der Berufung verflossene Zeit in Anschlag gebracht werden muß, um den noch übrigen Rest der Frist zu ermitteln.

V. Sehr bestritten ist die Frage, ob die dreimonatliche Frist des §. 3 Subh.-Ord. auch dann in Betracht komme, wenn es sich von der Subhastation gegen einen Drittbesitzer handelt und ob in diesem Falle die Frist von dem Zahlungsbefehl oder von der Sommation an laufe. Der Art. 674 B. P. O. bot dieselbe Streitfrage dar und so haben sich in der Französischen Jurisprudenz, die verschiedenartigsten Meinungen geltend gemacht; oft wurde entschieden, die 3 monatliche Frist laufe vom Tage des Zahlungsbefehls an; oft dagegen, sie brauche gar nicht beobachtet zu werden, weil der Art. 2169 B. G. B. sie nicht vorschreibe; dagegen hat sich in neuerer Zeit in Frankreich die schon früher durch ein Urtheil des Appellhofes zu Limoges vom 24. August 1821 (Sirey XXI. p. 298), sanktionirte Meinung, nach welcher die saisie innerhalb der dreimonatlichen Frist von der Sommation an gerechnet, vorgenommen werden müsse, unbedingt zur herrschenden erhoben. (cf. Chauv. sur Carré Qu. 2218). Diese Meinung muß auch für uns unter der Herrschaft der Subh.-Ord., hinsichtlich der Zustellung des Beschlages um so mehr gelten, da eine konstante Jurisprudenz sich dafür entschieden hat, den Drittbesitzer als den „Schuldner" im Subhastationsverfahren zu

betrachten, (cf. I. Senat 14. Juli 1841. Arch. 15. 1. 201. II. Senat 17. Mai 1833. Arch. 18. 1. 184. — I. Senat 27. Februar 1839. Arch. 29. 1. 185.) Zwar hat III Senat 18. März 1840. Arch. 30. 1. 52. angenommen, daß die, auf Grund eines noch in Kraft bestehenden Zahlungsbefehls, erlassene Sommation nur der dreijährigen Peremtion des Art. 397 B. P. O. unterliege; indessen handelte es sich in dem Fall des zuletzt angeführten Urtheils nicht von der Frage, ob eine länger als 3 Monate nach der Sommation erfolgte Beschlagnahme gültig sei, sondern von der ganz davon verschiedenen Frage, ob der sommirte Drittbesitzer nach Ablauf von 3 Monaten die Nichtigkeitserklärung der Sommation verlangen könne; diese Frage wurde allerdings mit Recht verneint, denn wenn auch die Sommation zum Zweck der Beschlagnahme nach Ablauf von 3 Monaten erneuert werden muß, so verträgt es sich damit doch ganz gut, daß sie während eines Zeitraums von 3 Jahren als rechtsgültiger Akt bestehen bleibe, und daß sie z. B. zufolge Art. 2176 B. G B. den Gläubigern während dreier Jahre das Recht erhalte, von dem Drittbesitzer Ersatz der gezogenen Früchte zu verlangen und ihn von dem Purgationsverfahren auszuschließen (Art. 2183 B. G. B.). Wenn daher eine eigentliche Peremtion der Sommation (arg. Art. 2176 B. G. B. und 397 B. P. O.) auch erst nach Ablauf von drei Jahren eintritt, so muß sie doch zum Zweck der Beschlagnahme erneuert werden, wenn seit ihrem Datum mehr als 3 Monate verstrichen sind, in welchem Falle jedoch eine Erneuerung des Zahlungsbefehls an den ursprünglichen Schuldner nicht nöthig sein wird.

## §. 4.

Will der Gläubiger zur Beschlagnahme schreiten, so überreicht er dem Friedensrichter oder dem Deputirten des Landgerichts (§. 1) persönlich oder durch einen Bevollmächtigten:

1) die Urkunde oder das Urtheil in exekutorischer Form und den Zahlungsbefehl in Urschrift;
2) eine Beschreibung der zu veräußernden Gegenstände, ihrer Natur, des ungefähren Flächeninhalts und ihrer Lage mit Angabe des Kreises und der Gemeinde darin, ferner die Bezeichnung der ebenfalls dazu gehörigen Gebäulichkeiten und wenn das zu veräußernde Grundstück in einem Hause bestehet, auch eine Beschreibung des Aeußern desselben und die Bezeichnung der Straße, in welcher es allenfalls gelegen ist, mit Angabe des etwaigen Miethers oder Pächters;
3) einen beglaubigten Auszug aus der Steuerrolle;

4) einen beglaubigten Auszug aus dem Hypothekenbuche über die auf den Immobilien lastenden Hypotheken;
5) die von ihm entworfenen Kaufbedingungen;
6) Die Erklärung eines von ihm selbst gemachten Gebotes auf das Grundstück. Sollten mehrere besondere Grundstücke zusammen subhastirt werden, so muß jene Erklärung für jedes ein besonderes Gebot enthalten.

Bei einzelnen ländlichen Grundstücken müssen wenigstens zwei Grenznachbaren angegeben werden.

I. Der §. 4 ist nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben; hieraus war in Theil I. §. 20 die Folgerung hergeleitet, daß der Mangel einer genügenden Vollmacht, zur Zeit der durch einen Mandatar extrahirten Beschlagnahmeverfügung, letztere nicht zu einer nichtigen mache, wenn der Vollmachtgeber hinterher, durch Fortsetzung des Verfahrens oder auf andere Weise, die Schritte seines Mandatars genehmigen möchte. In der That kann man aus dem §. 5 Subh.-Ord. nicht unbedingt folgern, daß der §. 4 bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben sei, denn wenn auch der §. 5 die genaue Konstatirung der im vorherigen Paragraphen enthaltenen Vorschriften dem Friedensrichter zur Pflicht macht, so ist doch §. 5 selbst nicht seinem ganzen Inhalte nach, sondern nur in Bezug auf die Eintragung in die Hypothekenregister und die Zustellung an den Schuldner, bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben. (cf. I. Senat 29. Februar 1827. Arch. 10. 1. 171. Cass. 14. Mai 1828. Arch. 12. 2. 1.)

Hätte der §. 32 Subh.-Ord. den §. 5 zu den unbedingt bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen rechnen und diese Nichtigkeit sogar auf den vorhergehenden Paragraphen ausdehnen wollen, so würde er nicht die nähere Beziehung auf die Eintragung in das Hypothekenbuch und auf die Zustellung an den Schuldner hinzugefügt haben. Wenn nun aber auch der §. 4. nicht ausdrücklich bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, so ist doch die Erfüllung aller seiner Vorschriften durch andere Gesetzesstellen so sehr gesichert, daß eine Zuwiederhandlung das ganze auf den Zahlungsbefehl gefolgte Verfahren mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet.

Abgesehen davon, daß der Friedensrichter verpflichtet ist, auf die genaueste Erfüllung des §. 4 zu sehen und Mangels derselben dem Antrage auf Beschlagnahmeverfügung nicht zu deferiren, ergiebt sich die unbedingte Nothwendigkeit der Befolgung der Vorschriften des Paragraphen aus folgendem:

für die N°. 1 des Paragraphen aus dem Art. 2213 B. G. B.;

für die N°. 2 aus den für das Subhastationspatent, in dem bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen §. 12, gegebenen Bestimmungen, namentlich aus §. 12 N°. 2;

für die N°. 3 aus §. 12 N°. 2—3;
für die N°. 4 aus dem ebenfalls bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen §. 16 Subh.=Ord.;
für N°. 5 und 6 aus §. 12 N°. 2—3.

Was endlich die Schlußverordnung unseres Paragraphen betrifft, so gehört diese offenbar unter die N°. 2 und die Zuwiderhandlung gegen erstere kann daher ebensogut eine Nichtigkeit begründen, als die Zuwiderhandlung gegen letztere, (II. Senat 30. Juni 1836. Arch. 24. 1. 35.)

II. Da die §§. 12 und 16 Subh.=Ord., welche dem §. 4 korrespondiren, bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben sind, so könnte die Frage, ob die Nichtigkeitsstrafe des §. 32 Subh.=Ord. auch auf den §. 4 bezogen werden müsse, als eine ziemlich müßige erscheinen, denn in der Regel wird eine Zuwiderhandlung gegen letztern Paragraphen auch eine Zuwiderhandlung gegen den §. 12 N°. 2—3 und gegen den §. 16 zur Folge haben. Wenigstens könnte die Frage nur in einem solchen Falle in Betracht kommen, wo zwar das Subhastationspatent allen Anforderungen des §. 12, verbunden mit §. 4 entspräche, und wo auch dieses Patent allen eingeschriebenen Hypothekargläubigern zugestellt worden wäre, wo aber der Subhastat die Vernichtung des Subhastationsverfahrens lediglich aus dem Grunde verlangte, weil sich aus der an ihn erfolgten Zustellung der friedensrichterlichen Verhandlung und der darauf erfolgten Beschlagnahmeverfügung ergebe, daß vor der Beschlagnahme nicht alle Vorschriften des §. 4 erfüllt seien. Meines Erachtens würden in einem solchen Falle die behaupteten Zuwiderhandlungen nur insofern in Betracht kommen, als nicht erhellt, daß die Beschlagnahme auf Grund eines exekutorischen Titels erfolgt ist, oder insofern, als die Bezeichnung der zu veräußernden Immobilien so mangelhaft erscheint, daß der Subhastat nicht einmal mit Sicherheit erkennen konnte, auf welche Immobilien sich der Beschlag erstreckte, und welches Erstgebot auf jedes einzelne der Immobilien gemacht wurde. In der Regel wird aber die Nichterfüllung der Vorschriften des §. 4, (wenigstens der Nummern 2—6) auch eine Zuwiderhandlung gegen die §§. 12 und 16 Subh.=Ord. zur Folge haben und in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn in den folgenden Nummern auch von den durch Nichtbeobachtung des §. 4 veranlaßten Nichtigkeiten die Rede sein wird.

III. ad. N°. 1 des Paragraphen.

Gründet sich die Subhastation auf ein durch Berufung angegriffenes Urtheil erster Instanz, so braucht das die Berufung verwerfende Urtheil zweiter Instanz dem Friedensrichter nicht nothwendig mit vorgelegt zu werden, weil das Urtheil erster Instanz für sich allein schon ein Titel der Vollstreckung ist. (L. G. Köln 23. Januar 1851. Arch. 46. 1. 89.)

IV. ad N°. 2 des Paragraphen.

Wenn es sich von der Auslegung dieser zweiten Nummer handelt, so ist mit ihr die Schlußbestimmung des §. 4, nach welcher bei ländlichen Grundstücken wenigstens zwei Grenznachbaren anzugeben sind, zu verbinden und auf diese Schlußbestimmung ebenfalls der §. 12 N°. 2 Subh.-Ord. auszudehnen, (II. Senat 30. Juni 1836. Arch. 24. 1. 35.)

Die Frage aber, wann die Beschreibung der zu veräußernden Grundstücke als genügend erachtet werden müsse, ist von der bisherigen Jurisprudenz im verschiedensten Sinne beantwortet worden. Während es nämlich wohl noch nie in Zweifel gezogen worden ist, daß der §. 4 N°. 2 nur den Zweck habe, jedem Zweifel über die Identität der zu veräußernden Immobilien zu verhüten und daß daher die Beschreibung keineswegs z. B. auf die Angabe besonderer Eigenschaften oder Vortheile, welche für die Kauflustigen Werth haben möchten, ausgedehnt zu werden brauche (cf. II. Senat 23. Mai 1833. Arch. 18. 1. 155.) und während sogar durch amtliche Erlasse dahin gewirkt worden ist, zu große Weitläufigkeiten der Beschreibung zu verhindern (Rescripte des Justizministers und Generalprokurators vom 9. Mai und 24. April 1824. Lottner II. S. 376. 486.) — ist doch hiermit die Frage noch lange nicht beantwortet, wie die Beschreibung der zu veräußernden Immobilien beschaffen sein müsse, um im Sinne des Gesetzes zur Konstatirung der Identität zu genügen. Wenn früher bisweilen angenommen wurde, daß der §. 4 N°. 2 überhaupt nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben und daß deßwegen z. B. die Nichtangabe der Miether und Pächter der Gültigkeit des Subhastationspatentes nicht schade (I. Senat 15. Januar 1827. Arch. 10. 1. 122. — Cass. 14. Mai 1828. Arch. 12. 2. 1.), so ist der hierfür angegebene Grund wenigstens ein unhaltbarer, denn mit Bezug auf das Subhastationspatent ist der §. 4 allerdings bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben.

Deßwegen hat sich auch neben dieser gelinderen Auffassung die andere, nach welcher alle speciellen Vorschriften des §. 4 N°. 2 über die Beschreibung der Immobilien bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müssen, zur herrschenden erhoben und diese Ansicht ist auch offenbar die richtige, denn der §. 12 N°. 2 droht die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich an, und wo das Gesetz selbst eine Nichtigkeit anordnet, kann die Interpretation nicht mehr zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestimmungen unterscheiden. In der Französischen Jurisprudenz ist auch die Nothwendigkeit der wörtlich strengen Anwendung des entsprechenden Art. 675 B. P. O. fast niemals in Zweifel gezogen worden.

V. ad N°. 2 des Paragraphen (Fortsetzung).

Die Folgen aus dem so eben aufgestellten Grundsatz sind z. B.:

1) Wenn auch, abweichend von dem Art. 675 B. P. O., die Subh.-Ord. nicht die Angabe der Natur und des Flächeninhalts eines jeden Par-

cells ausdrücklich vorschreibt, so folgt doch die Nothwendigkeit dieser Angabe aus der Bestimmung, nach welcher die Natur und der ungefähre Flächeninhalt der zu veräußernden Gegenstände anzugeben ist, verbunden mit §. 4 line, wonach bei einzelnen ländlichen Grundstücken wenigstens zwei Grenznachbaren anzugeben sind; bestehen daher die zu veräußernden Gegenstände aus mehren Parcellen, von denen einige Ackerland, andere Wiesenland und vielleicht noch andere Holzungen sind, so muß für jedes Parcell die Natur und der ungefähre Flächeninhalt desselben angegeben werden.

2) Auch bei Häusern muß der Flächenraum angegeben werden, weil der §. 4 N°. 2 überhaupt für alle zu subhastirenden Gegenstände ohne Unterschied die Angabe des ungefähren Flächenraums vorschreibt. (I. Senat 27. Februar 1839. Arch. 29. 1. 195.)

3) Die Angabe des Kreises ist selbst dann nöthig, wenn die zu subhastirenden Grundstücke in dem Hauptort des Kreises liegen möchten, weil das Gesetz unbedingt die Angabe des Kreises verlangt, (Aix. 25. Februar 1818. Sirey VIII. 729.)

4) Bei Häusern muß bei Strafe der Nichtigkeit eine Beschreibung des Aeußern gegeben werden; doch genügt jedenfalls die Angabe der Höhe nach Stockwerken, der ungefähren Breite, Tiefe und Dachart und der ungefähren Anzahl der Fenster und Thüren, (Rundschreiben des Generalprokurators vom 30. Mai 1823.)

5) Der Namen der Straße, in welcher das Haus liegt, muß unbedingt angegeben werden (Besancon 17. Dezember 1808. Sirey XV. 180. — Thomine Dem. N°. 750. — Persil fils comm. I. p. 92 N°. 104.)

6) Werden die Miether oder Pächter nicht angegeben, so begründet dies eine Nichtigkeit, (II. Senat 23. Juni 1831. Arch. 15. 1. 208. — I. Senat 20. März 1848. Arch. 43. 1. 77.) Diese Bestimmung des Gesetzes mag hart sein, und vielleicht dem Extrahenten eine Last auferlegen, die mit dem durch diese Vorschrift bewirkten Nutzen in keinem Verhältniß steht; aber sie besteht einmal und so wird jeder Extrahent wohl thun, vor dem Antrag auf Beschlagnahmeverfügung genau die Miether oder etwaigen Pächter jeder einzelnen der zu subhastirenden Parcellen zu ermitteln. Allerdings kann die Nichtbenennung des Pächters nur dann schaden, wenn derselbe wirklich öffentlich das betreffende Grundstück bewirthschaftete und daher überhaupt bekannt sein konnte. (Persil fils comm. I. p. 94 N°. 107—108. — Dalloz XXIV. p. 185 N°. 7. — Lachaize N°. 218.) Die Angabe des Pächters dient ja nur zur bessern Bezeichnung des Grundstücks für das Publikum; deßwegen würde abgesehen davon, daß man von dem Gläubiger das Unmögliche nicht verlangen kann, die Angabe eines dem Publikum unbekannten Pächters nicht einmal zur Erfüllung des Zweckes des Gesetzes dienen.

Wenn übrigens ein Opponent im Subhastationsverfahren die in der Beischreibung nicht erwähnte Vermiethung oder Verpachtung behauptet, so

hat er dieserhalb bestimmte Thatsachen zu artikuliren und den deßfallsigen Beweis zu erbieten, indem das Richteramt keine Veranlassung finden wird, von Amtswegen einen Beweis aufzuerlegen. (II. Senat 23. Juni 1831. Arch. 15. 1. 208.)

7) Sind im Subhastationspatent die Grenznachbarn eines ländlichen Grundstücks unrichtig angegeben, so wird hierdurch eine Nichtigkeit begründet (II. Senat 30. Juni 1836. Arch. 24. 1. 35.) Dies muß um so mehr angenommen werden, als das Gesetz ausdrücklich die Angabe von wenigstens zwei Grenznachbarn verlangt. Ein Urtheil des II. Senats vom 23. Mai 1833. Arch. 18. 1. 155. erkannte zwar den hier aufgestellten Grundsatz an, entschied aber zugleich, fußend auf dem Princip der Specialität der Einreden im Subhastationsverfahren, daß ein auf angebliche Unrichtigkeit der Grenznachbaren gegründeter Einspruch keine Beachtung verdiene und deßhalb auch keine Veranlassung gebe, eine beantragte Ortsbesichtigung zuzulassen, wenn nicht aufgestellt und zu beweisen erboten werde, welche andern, als die im Subhastationspatent bezeichneten Personen, die wirklichen Nebenläger seien.

Da übrigens das Gesetz nur die Angabe von wenigstens zwei Grenznachbarn bei ländlichen Grundstücken verlangt, so ist einestheils die Angabe der Nachbarn bei einem Hause nicht erforderlich, anderntheils kann bei ländlichen Grundstücken eine Unrichtigkeit in der Angabe der Anschießenden nur dann schaden, wenn sie so weit geht, daß nicht einmal zwei richtig bezeichnete Anschießende übrig bleiben.

VI. ad N°. 2 des Paragraphen (Fortsetzung).

Abgesehen von der Verletzung specieller Vorschriften des §. 4. N°. 2, kann der Subhastat aus allen übrigen Mängeln der Beschreibung nur insofern einen Nichtigkeitseinspruch herleiten, als zu seinem Nachtheil bei dem kauflustigen Publikum ein totaler oder theilweiser Irrthum über die Identität oder die Ausdehnung der zu veräußernden Gegenstände erzeugt werden konnte. So braucht der einem Grundstück zustehenden Gerechtigkeiten nicht Erwähnung gethan zu werden, obgleich sie von selbst mit in dem Beschlage enthalten sind. (I. Senat 3. April 1834. Arch. 19. 1. 165 Anm. — L. G. zu Köln 9. Juni 1827. Arch. 12. 2. 1.); ferner begründet es keine Nichtigkeit, wenn in der Beschreibung ein zum Immobile gehörender Stall ausgelassen ist, (I. Senat 26. April 1836. Arch. 23. 1. 116.)

Ferner, sind z. B. bei der Beschreibung eines ganzen Gutes irrthümlich einzelne, andern Eigenthümern gehörende, Parcellen als zu demselben gehörig mit angegeben worden, so ist hieraus für den Subhastaten keine Einrede herzuleiten, wenn der Ansteigerer nach den Kaufbedingungen weder die Ueberlieferung einzelner irrthümlich angeführter Parcellen verlangen, noch deßhalb den Kaufpreis kürzen darf. (I. Senat 4. März 1833. Arch. 19.

1. 161). Dagegen nahm das zuletzt citirte Urtheil offenbar mit Recht an, daß es eine Nichtigkeit des Subhastationspatents begründe, wenn einzelne zu einem Gute gehörende Parcellen in der Beschreibung nicht erwähnt seien; eine solche Auslassung war allerdings geeignet, in der Vorstellung der Kauflustigen den Werth des Gutes herabzusetzen, und Zweifel über die Identität zu erzeugen.

Die im Beginn dieser Nummer angedeuteten Grundsätze sind auch bei der Auslegung der unbestimmteren Vorschriften des §. 4 N°. 2 anzuwenden. Da also blos die Angabe des ungefähren Flächeninhalts verlangt wird; so kann nur eine höchst bedeutende Unrichtigkeit in dieser Beziehung zu einer Vernichtung des Verfahrens Veranlassung geben (Agen 12. März 1810. Sirey XIV. 2. 214) und sogar dann niemals, wenn die Angabe mit dem Katasterauszug stimmt. (Persil fils comm. I. p. 93 N°. 106); wenn ferner auch selbst bei Gebäuden die Angabe des ungefähren Flächeninhalts vom Gesetz verlangt wird, so genügt doch eine solche Beschreibung der Struktur, aus der sich der ungefähre Flächeninhalt ergiebt, (I. Senat 27. Februar 1839. Arch. 29. 1. 195 med.); endlich kann unter Umständen der Vorschrift, das Aeußere des zu subhastirenden Hauses zu beschreiben, schon dadurch genügt werden, daß das Haus als ein zweistöckiges Wohnhaus angegeben wird, wenn nach den Umständen keine Verwechselung möglich war. (II. Senat 23. Juni 1831. Arch. 15. 1. 208.)

Alle hier angegebenen speciellen Fälle können natürlich nur als Beispiele dienen; man kann aber aus ihnen die anzuwendenden Principien ersehen; deßwegen werde nur noch die Schlußbemerkung gemacht, daß der Gläubiger vor allen Dingen wohl thun wird, bei der Beschreibung den Katasterauszug nicht außer Augen zu lassen.

### VII. ad N°. 2 des Paragraphen (Fortsetzung).

Ist die Beschreibung nur in Bezug auf einzelne der in Beschlag genommenen Parcellen ungenügend, dagegen in Bezug auf andere vollkommen ausreichend, so erzeugt ein solcher Umstand nur eine Nichtigkeit in Bezug auf die unrichtig angegebenen Stücke, nicht aber in Bezug auf die richtig bezeichneten, vorausgesetzt natürlich, daß die einzelnen Parcellen eine von einander unabhängige Existenz haben und nicht Theile eines und desselben Ganzen sind. (Paris 6. Juli 1821. Sirey XXII. 2. 179. — Agen 26. Januar 1822. Sirey XXII. 2. 263. — Riom 30. Mai 1819. Sirey XX. 2. 5. — Rouen 13. Januar 1824. Sirey XXIV. 2. 201.)

Es ist allerdings nicht abzusehen, warum die unrichtige Bezeichnung des Parcells A. dem Verfahren gegen das davon unabhängige, richtig bezeichnete Parcell B. schaden sollte; dazu kommt, daß bei der großen Theilung des Grundeigenthums in der Rheinprovinz die praktischen Nachtheile all zu bedeutend sein würden, wenn man die Subhastation einer Masse von

Parcellen, z. B. wegen einer einzigen, unrichtig bezeichneten, vernichten wollte. Aehnliche Bedenken mögen Carré bewogen haben, von seiner früher ausgesprochenen entgegengesetzten Ansicht abzugehen (cf. Carré et Chauv. Quest. 2234.).

Sollten in einem Oppositionsproceß bloß solche Einreden gemacht werden, die sich auf unrichtige Bezeichnung von nur einzelnen der subhastirten Parcellen beziehen, so möchte von den Oppositen mit Erfolg beantragt werden können, daß das Gericht, im Falle der Zulassung eines Beweisverfahrens, den Einspruch, so weit er sich auf die andern Parcellen bezieht, sofort verwerfe; für den Kostenpunkt wird es freilich von entscheidendem Einfluß sein, wenn der Beweis der unrichtigen oder falschen Beschreibung auch nur eines einzigen Stücks gelingt, denn in einem solchen Falle war jedenfalls Veranlassung zur Opposition vorhanden.

VIII. ad N°. 3 des Paragraphen.

Der Art. 675 B. P. O. verlangte bei Strafe der Nichtigkeit, daß der procès verbal de saisie einen Auszug aus der Grundsteuerrolle enthalte und die französische Jurisprudenz nimmt diese Bestimmung so strenge, daß sie es für unumgänglich nöthig hält, dem Schuldner mit dem Beschlagnahmeprotokoll zugleich eine wörtliche Abschrift der betreffenden Artikel der Mutterrolle zustellen zu lassen. Indessen genügt nach der Subh.-Ord. die Ueberreichung eines beglaubigten Auszugs aus der Steuerrolle an den Friedensrichter, welche Ueberreichung von letzterm in der, der Beschlagnahmeverfügung vorhergehenden Verhandlung, zu konstatiren ist; weder bei der Zustellung der Beschlagnahmeverfügung, noch des Subhastationspatentes, braucht dem Subhastaten eine Abschrift des Auszuges aus der Steuerrolle gegeben zu werden, denn der §. 5 Subh.-Ord. schreibt nur die Konstatirung der Ueberreichung des Auszuges an den Friedensrichter vor und das Subhastationspatent muß nach §. 12 N°. 3 nur die Anzeige enthalten, daß der Auszug aus der Steuerrolle auf der Gerichtsschreiberei einzusehen sei.

IX. ad N°. 4 des Paragraphen.

Die Frage, ob der beizubringende Hypothekenauszug sich auch auf die gegen die Vorbesitzer des Subhastaten bestehenden Inscriptionen ausdehnen müsse, erlangt erst ihre Bedeutung, wenn es sich davon handeln wird, welche Folgen die Unterlassung der Zustellung des Subhastationspatents habe (Vgl. in dieser Beziehung infra §. 16. IV. 2.) Hier werde nur bemerkt, daß der Extrahent allerdings alle mögliche Mühe anwenden muß, um auch die etwa gegen Vorbesitzer bestehenden Inscriptionen zu ermitteln und desfallsige Auszüge zu erhalten. Daß er übrigens einen vollständigen Hypothekenauszug der Inscriptionen gegen den Subhastaten dem Friedensrichter überreichen müsse, versteht sich auch in dem Falle von selbst, wo der Subhastat ein Drittbesitzer ist. (I. Senat 15. Januar 1827. Arch. 10. 1. 122.)

X. ad Nº. 5. des Paragraphen.

Die von dem Extrahenten einmal abgefaßten Kaufbedingungen bilden etwas Gemeinsames zwischen dem Schuldner, dem Extrahenten und den übrigen Gläubigern; doch kann nach der Kabinetsordre vom 9. April 1836, sowohl der Schuldner als auch jeder Hypothekargläubiger, bei dem Friedensrichter Aenderungen der Kaufbedingungen beantragen, in welchem Falle der Friedensrichter hierüber durch einen förmlichen, ins Protokoll aufzunehmenden, Beschluß definitiv zu entscheiden hat. Dieser Beschluß muß, damit Gegenbemerkungen gemacht werden können, im Licitationstermin selbst vor dem Ausbieten ergehen und unterliegt weder der Berufung noch dem Kassationsrekurse.

Hiernach ist eine Abweichung von den Kaufbedingungen nur dann gestattet, wenn der Friedensrichter sie durch einen förmlichen Beschluß im Licitationstermin angeordnet hat, jedoch gewiß in dem Falle ohne förmlichen Beschluß, wenn im Licitationstermin der beantragten Aenderung von keiner Seite widersprochen wurde. (I. Senat 6. Mai 1850. Arch. 45. 1. 76.)

Wenn vor der Kabinetsordre vom 9. April 1836 öfters erkannt wurde, daß einseitige Abweichungen von den Kaufbedingungen bei der Licitation den Subhastaten berechtigten, die Vernichtung des Verfahrens zu verlangen (cf. II. Senat 23. Mai 1833. Arch. 18. 1. 155. — II. Senat 17. Mai 1833. Arch. 18. 1. 184.), so kann dieser an sich gewiß richtige Grundsatz doch heut zu Tage nur noch dann Anwendung finden, wenn der Subhastat gegen die Aenderung opponirt hat und trotz dem, ohne förmlichen ins Protokoll aufgenommenen Beschluß des Friedensrichters, bei der Versteigerung von den Kaufbedingungen abgegangen ist; und dann ist der dieserhalb dem Subhastaten zustehende Einspruch als eine Einrede gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin zu betrachten, welche Einrede unter Beobachtung des §. 29 Subh.-Ord., innerhalb 14 Tagen durch Ladung des Extrahenten, des Ansteigerers und der Hypothekargläubiger vor das Landgericht zu bringen ist. Ein solcher Einspruch wird natürlich auch jedem Hypothekargläubiger, der sich der Aenderung widersetzt hat, ja selbst eintretenden Falls dem Extrahenten zustehen. — Dagegen wird der Subhastat jetzt niemals mehr nach dem Zuschlag eine Vernichtung desselben deßwegen verlangen können, weil die Kaufbedingungen ihm nachtheilig seien; es wäre seine Sache gewesen, bei dem Friedensrichter zeitig Aenderungen zu beantragen.

Vgl. hinsichtlich der Kaufbedingungen Anlage B.

XI. ad Nº. 5 des Paragraphen (Fortsetzung).

Darüber, wie die Kaufbedingungen abzufassen seien, lassen sich im Allgemeinen keine Regeln aufstellen; es kann daher in dieser Beziehung nur Einzelnes beispielsweise angedeutet werden.

So wird es unter Umständen sehr praktisch sein, die Bedingung hinzuzufügen, daß der Ansteigerer die, allenfalls durch Akte mit sicherm Datum vor der Beschlagnahme begründeten, Pachtverträge entweder anzuerkennen, oder

deren Aufhebung auf eigene Gefahr und Kosten nachzusuchen habe. Durch eine solche Bedingung wird zweierlei erreicht: einmal erlangt der Ansteigerer dadurch das Recht, auch solche Pachtverträge, die ein sicheres Datum vor dem Beschlage haben (§. 35 Subh.-Ord.) ebenso wie die Gläubiger selbst, als simulirt und, zur Verkürzung der Rechte der Gläubiger abgeschlossen, anzufechten, (I. Senat 5. März 1827. Arch. 10. 1. 182), sodann aber sind die Gläubiger gegen alle Reklamationen und Adcitationen von Seiten des Ansteigerers durch die angegebene Bedingung gesichert. Wie wichtig aber die Bedingung werden kann, geht daraus hervor, daß das citirte Urtheil den Beweis der Simulation schon darin fand, daß der Pachtvertrag zu einem niedrigen Preise auf lange Jahre abgeschlossen war.

Steht in den Bedingungen, daß der Ansteigerer verpflichtet sei, wenn es verlangt werde, gleich bei dem Zuschlage einen zahlungsfähigen Bürgen zu stellen, so muß nach einer vielleicht zu strengen Auffassung, der Extrahent das ihm zustehende Recht, einen Bürgen zu verlangen, gleich nach Erlöschen der Kerzen und vor dem Zuschlage ausüben; nach dem Zuschlage könnte er die Stellung eines Bürgen nicht mehr verlangen, (I. Senat 4. August 1834. Arch. 20. 1. 293.)

Wird in den Kaufbedingungen eine Bestimmung mit aufgenommen, nach welcher das Kollokationsverfahren ausgeschlossen und der Ansteigerer gehalten sein soll, den Kaufpreis an einen oder mehre Hypothekargläubiger auszuzahlen, so würde eine solche Bedingung gar keine Wirkung haben; der Ansteigerer brauchte doch an die Gläubiger erst nach ihrer Locirung zu zahlen (III. Senat 28. August 1833. Arch. 19. 1. 173.)

XII. ad N°. 6 des Paragraphen.

Auf jedes der zu veräußernden Grundstücke muß der Extrahent ein Erstgebot thun; handelt es sich jedoch von einem ganzen zusammen gehörigen Gut, so bedarf es für jedes der einzelnen Parcellen keines besondern Gebots, sondern es genügt ein einziges auf das ganze Gut, (I. Senat 16. Januar 1826. Arch. 9. 1. 21.)

## * §. 5.

In der hierüber sogleich mit Angabe der Stunde, des Tages, Monates und Jahres aufzunehmenden Verhandlung hat der Friedensrichter oder der Deputirte des Landgerichts die Beobachtung der Vorschriften des vorhergehenden Paragraphen genau zu constatiren; er verfügt sodann den Beschlag zum Zwecke der Subhastation und verordnet dessen Eintragung in die Hypothekenregister, so wie die Zustellung dieser Verfügung und der ihr zu Grunde liegenden Verhandlung an

den Schuldner, in den für die Vorladungen vorgeschriebenen gesetzlichen Formen.

I. Der §. 5. ist nur theilweise bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben, insofern er nämlich die Zustellung der Beschlagnahmeverfügung und der ihr zu Grunde liegenden, die Erfüllung des §. 4 konstatirenden, Verhandlung an den Schuldner und die Eintragung des Beschlages in die Hypothekenregister verlangt. Deßwegen begründet die Nichtangabe der Stunde keine Nichtigkeit der friedensrichterlichen Verhandlung und der Beschlagnahmeverfügung (cass. 10. Dez. 1850. Arch. 45. 2. 98.)

Was die dem Beschlage vorhergehende Verhandlung des Friedensrichters betrifft, so braucht dieselbe bloß die Erfüllung der Vorschriften des §. 4 zu konstatiren, also z. B. nur die Erwähnung zu enthalten, daß die Kaufbedingungen oder die Katasterauszüge überreicht worden seien, keineswegs aber eine Abschrift der Kaufbedingungen oder Katasterauszüge. Bereits im §. 4 II. ist die Ansicht ausgesprochen, daß es keine Nichtigkeit der Beschlagnahmeverfügung sei, wenn die in derselben gegebene Beschreibung nicht genau dem §. 4 N°. 2 entspreche, daß vielmehr jede Beschreibung genüge, welche die in Beschlag genommenen Grundstücke deutlich erkennen lasse. Da jedoch die Beobachtung des §. 4 N°. 2 jedenfalls für das Subhastationspatent bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, so wird es am besten sein, wenn auch schon die Beschlagnahmeverfügung eine dem §. 4 N°. 2 und eine entsprechende Bezeichnung der Grundstücke enthält.

II. Die Frage, ob es eine Nichtigkeit begründet, wenn der Friedensrichter die Beschlagnahme allein und ohne Zuziehung des Gerichtsschreibers erläßt, ist von den verschiedenen Senaten des Appellhofes zu Köln in entgegengesetztem Sinne beantwortet worden. (cf. die im Arch. 45. 1. 227 angeführten Urtheile). Da jedoch der Friedensrichter nur als Kommissar des Landgerichts handelt und da die Gerichte erster Instanz, so weit im Laufe des frühern Expropriationsverfahrens, Verfügungen zu erlassen waren, selbst niemals ohne Zuziehung des Gerichtsschreibers handeln konnten, (Art. 1040 B. P. O.) so ist nicht anzunehmen, daß die Subh.-Ord. hierin etwas habe ändern wollen und es wird daher jedenfalls die Zuziehung des Gerichtsschreibers zur Beschlagnahmeverfügung sehr anzurathen sein, obgleich allerdings in neuester Zeit der Appellhof zu Köln die Zuziehung des Gerichtsschreibers für unnöthig erklärt hat, weil die Subh.-Ord. sie nicht vorschreibe und die betreffende Verhandlung des Friedensrichters eine dringende sei. (II. Senat 1. Mai 1851. Arch. 46. 1. 88.)

III. Der Schuldner, welchem die durch §. 5 vorgeschriebene Zustellung gemacht werden muß, ist nur der Subhastat selbst; deßwegen muß die Zu-

stellung an den Drittbesitzer erfolgen, wenn der Subhastat ein Drittbesitzer ist, braucht aber in diesem Falle nicht dem persönlichen Schuldner gegenüber zu geschehen, indem für letzteren der Zahlungsbefehl genügt; der subhastirte Drittbesitzer gilt überhaupt als der „Schuldner", dem alle durch die Subh.-Ord. im Laufe des Verfahrens vorgeschriebenen Signifikationen gemacht werden müssen. (I. Senat 27. Feb. 1839. Arch. 29. 1. 185.)

IV. Für die Zustellung der Beschlagnahmeverfügung und überhaupt für alle Zustellungen bedarf der Grichtsvollzieher keiner besondern Vollmacht, indem der Art. 556 für die Zwangsvollstreckung in Immobilien durch die Subh.-Ord. implicite aufgehoben worden ist; geschieht dagegen die Zustellung durch einen solchen Gerichtsvollzieher, der den Beschlag als Mandatar extrahirt hat, so begründet dies eine Nichtigkeit der Zustellung. (I. Senat 15. Feb. 1830. Arch. 14. 1. 29.)

## §. 6.

Diese Zustellung dient als förmliche Beschlagnahme; jedoch treten deren Wirkungen gegen einen Dritten erst von dem Tage der Eintragung in das Hypothekenbuch (§. 5) ein. Diese Eintragung wird auf der, zu diesem Zweck ertheilten Ausfertigung der Verhandlung bescheinigt, und dieselbe den Akten beigefügt.

Da die Zustellung als förmliche Beschlagnahme dient, so muß sie innerhalb einer Zeit von drei Monaten nach dem Zahlungsbefehl erfolgen (cf. §. 3 III.)

In welcher Frist die Eintragung in die Hypothekenregister geschehen müsse, sagen die Gesetze nirgends und wenn auch der Art. 681 B. P. O. voraussetzte, daß die Transcription in die Hypothekenregister in der Regel der denonciation der saisie an den saisi vorhergehe, so wurde doch schon unter der Herrschaft der B. P. O. offenbar mit Recht ziemlich allgemein angenommen, daß in Bezug auf die Eintragung in die Hypothekenregister nur die Dreijährige Peremtionsfrist des Art. 397 B. P. O., nicht aber die dreimonatliche des Art. 674 B. P. O. in Betracht kommen könne. Um so mehr muß dies für die Subh.-Ord. gelten, da sie vorauszusetzen scheint, daß die Eintragung in das Hypothekenbuch in der Regel der Zustellung des Beschlages an den Schuldner nachfolge.

## §. 7.

Die Anmeldung eines zweiten auf die nämlichen Immobilien, oder einen Theil derselben Bezug habenden Subhastationsgesuchs ist der Friedesrichter oder Deputirte nach den (§. 4 u. 5) vorgeschriebenen Formen zwar aufzunehmen verbunden; jedoch ist unter mehren Con-

currenten derjenige, dessen Anmeldung zuerst aufgenommen worden, als Extrahent der Subhastation zu betrachten, und diese auf dessen Namen fortzusetzen.

Eine zweite Beschlagnahme ist nach der Subh.=Ord. unmöglich, sollte selbst beabsichtigt werden, sie auf mehr Grundstücke auszudehnen, als der erste Beschlag umfaßte; dies ist so zu verstehen, daß ein anderer Gläubiger, welcher noch andere Grundstücke zur Subhastation bringen will, dieserhalb vom Anfang an ein ganz besonderes, mit einem neuen Zahlungsbefehl beginnendes, Verfahren anstellen muß, wodurch natürlich zwei von einander unabhängige Subhastationen entstehen, deren Vereinigung, freilich unzweckmäßig genug, nach der Subh.=Ord. auf keine Weise möglich ist.

Für die nämlichen Immobilien aber, oder einen Theil derselben, kann jeder andere Gläubiger (auch ein Chirographargläubiger, da der §. 7 nicht unterscheidet) ein zweites Subhastationsgesuch anmelden, ohne daß es nöthig wäre, vorab einen Zahlungsbefehl zu erlassen; es braucht vielmehr bloß dem §. 4 u. 5 genügt zu werden, wobei jedoch der Anmeldende die schon früher von dem Extrahenten dem Friedensrichter gemachten Vorlagen, zu den seinigen machen kann; nur muß er allerdings für seine eigene Forderung einen besondern exekutorischen Titel vorlegen.

Die Anmeldung kann bis zu dem Licitationstermin geschehen und gewährt dem Anmeldenden nach der Subh.=Ord. das Recht, im Licitationstermin auf die Versteigerung anzutragen, wenn der Extrahent, entweder dieselbe gar nicht beantragt, oder in Folge von Einsprüchen in die Aufhebung der Licitation willigen zu wollen erklärt (§§. 17. 19. Subh.=Ord.). Wenn ferner der Art. 722 B. P. O. auch keine formelle Gültigkeit mehr hat, so wird doch meines Erachtens derjenige, welcher ein zweites Subhastationsgesuch angemeldet hat, auch im Falle eines Betruges, einer Kollusion oder einer Nachlässigkeit von Seiten des Extrahenten, die Subrogation d. h. die Zulassung an die Stelle desselben beantragen können; in diesem Falle würde die Subrogation, auf dem Wege einer Klage gegen den Extrahenten, vor dem Landgericht zu verlangen sein, wobei jedoch zu bemerken ist, daß es bedenklich sein würde, die desfallsige Ladung nicht in dem wirklichen, sondern in dem beim Zahlungsbefehl gewählten Domicil zustellen zu lassen.

Daß auch derjenige Hypothekargläubiger, welcher kein zweites Subhastationsgesuch angemeldet hat, befugt sei, die Subrogation zu verlangen, scheint nach den Bestimmungen der Subh.=Ord. nicht angenommen werden zu können, denn aus den §§. 17 u. 19 Subh.=Ord. ergibt sich, daß ein solcher Hypothekargläubiger in den Fällen dieser Paragraphen nicht die Licitation beantragen kann; überdies ist gar kein praktisches Bedürfniß vorhanden, dem Hypothekargläubiger ebenfalls die Subrogation zu gewähren, da er ja, und zwar gewiß bis zum Licitationstermin, das Recht hat, ein zweites

Subhastationsgesuch anzumelden, wodurch er berechtigt wird, eintretenden Falls die Subrogation zu verlangen.

## §. 8.

Sind die mit Beschlag belegten Immobilien nicht vermiethet oder verpachtet, so bleibt der, gegen welchen der Beschlag ausgewirkt worden, bis zum Verkaufe als gerichtlicher Sequester im Besitze, sofern nicht der Friedensrichter oder der Deputirte, auf Ansuchen eines oder mehrerer Gläubiger ein Anderes verordnet. Doch können die Gläubiger die vom Boden noch nicht abgesonderten Früchte einerndten und verkaufen, und die, nach der Eintragung der Beschlagnahme ins Hypothekenbuch verfallenen, Miethen oder Pächte mit Arrest belegen lassen. Solche Früchte, Miethen oder Pächte werden den unbeweglichen Gütern darin gleich geachtet, daß der Betrag derselben nach Ordnung der Hypotheken vertheilt wird.

I. Das Gesetz vom 11. Brumaire VII. überließ die noch nicht eingeerndteten Früchte bis zum Verkauf der Mobilarexekution (cf. Art. 8 des Gesetzes), wogegen die B. P. O. durch ihren Art. 689 den Grundsatz der Immobilisirung der nach der Beschlagnahme erfallenden Früchte einführte; dies hat auch die Subh.-Ord. unverändert gelassen, mit dem einzigen Unterschied, daß die B. P. O. die Immobilisirung von dem Tage der Zustellung des procès verbal de saisie, die Subh.-Ord. dagegen, von dem Tage der Eintragung des Beschlages in das Hypothekenbuch an gerechnet, eintreten läßt.

Die Immobilisirung der Früchte hat nun nicht etwa den Sinn, daß der Ansteigerer die von der Beschlagnahme an, erfallenen Früchte in Anspruch nehmen könnte; der Ansteigerer hat vielmehr überall nur Ansprüche auf die Früchte vom Tage des Zuschlages an, wenn ihn die Kaufbedingungen nicht etwa noch später in den Besitz und Genuß treten lassen; auch hat er das Recht die Früchte zu verkaufen erst dann, wenn er sich unter Zustellung des Versteigerungsprotokolls an den Subhastaten in den Besitz des angesteigerten Grundstücks gesetzt hat, ohne daß es ihm gestattet wäre, vor der an ihn erfolgten Räumung, die auf dem Halm stehenden Früchte auf dem Wege der saisie brandon zum Verkauf zu bringen. (II. Senat 1. Oktober 1831. Arch. 16. 1. 120.)

Die Immobilisirung der Früchte hat jedoch folgende Wirkungen:

1) Der Betrag der zur Zeit der Eintragung der Beschlagnahme in das Hypothekenbuch vom Boden noch nicht abgesonderten Früchte dient unter allen Umständen zur Befriedigung der Hypothekargläubiger, um nach der Rangordnung der Hypotheken vertheilt zu werden, sollten diese Früchte

auch vor der Beschlagnahme an einen Dritten verkauft worden sein, (cass. 5. November 1813. Sirey XIV. 1. 6.)

2) Nach der Beschlagnahme kann gegen die auf dem Halme stehenden Früchte keine saisie brandon mehr vorgenommen werden; dagegen muß eine vor der Beschlagnahme angelegte derartige saisie allerdings den Verkauf und die distribution par contribution zur Folge haben.

3) Wird der Subhastat im Besitz des mit Beschlag belegten Grundstücks gelassen, so kann er zwar die Früchte ziehen; weil er aber wie ein gerichtlicher Sequester betrachtet wird, macht er sie nicht zu den seinigen, sondern muß sie den Hypothekargläubigern restituiren (Dalloz XXIV. p. 225 N°. 2. — Favard V. p 53 N°. 1. — Persil fils comm. N°. 137. — Pigeau II. p. 303. — Rogron p. 834.), und zwar unterliegt er als gerichtlicher Sequester auch wegen der Restitution der Früchte dem Exekutionsmittel der Körperhaft, wie aus der Verbindung der Art. 2060 N°. 4, 1936, 1958 u. 1963 B. G. B. hervorgeht.

4) Hat der Friedensrichter auf den Antrag der Gläubiger dem Subhastaten den Besitz der Grundstücke entzogen, so haftet jeder Andere, dem das Grundstück in Sequestration gegeben ist, ebenso für die Restitution der Früchte an die Hypothekargläubiger, wie dies sub. 3 von dem Subhastaten gesagt worden ist; hierbei ist jedoch nicht zu vergessen, daß die Hypothekargläubiger gegen den Sequester nur nach beendigtem Kollokationsverfahren und nach Maßgabe ihrer Locirung Exekutionsakte vornehmen können.

5) Mögen nun die in Beschlag genommenen Grundstücke von dem Schuldner oder von einem andern Sequester besessen werden, so haben die Gläubiger außerdem noch das Recht, die vom Boden noch nicht abgesonderten Früchte einzuerndten und zu verkaufen. Zwar wird dies Recht streng genommen auch dem mit einem exekutorischen Titel versehenen Chirographargläubiger nicht abzusprechen sein; indessen wird es ihm nichts helfen, da der Erlös aus dem Verkauf doch jedenfalls nach der Rangordnung der Hypotheken vertheilt werden muß. In welcher Weise das Einerndten und der Verkauf vor sich zu gehen habe, wird von dem Gesetz nicht gesagt; da indessen der §. 8 Subh.-Ord. den Gläubigern das Recht der Einerndtung und des Verkaufs pure giebt, so brauchen sie nicht erst eine desfallsige Klage gegen den Subhastaten anzustellen, sondern es möchte vielmehr eine einfache Ermächtigung durch einen Beschluß des Friedensrichters für die Gläubiger genügen, um das betreffende Recht ausüben zu können; der Verkauf der eingeerndteten Früchte muß aber jedenfalls öffentlich durch einen hierzu qualificirten Beamten vorgenommen werden.

II. Bisheran war nur von nicht vermietheten oder nicht verpachteten Immobilien die Rede. Bestehen aber gültige Mieth- oder Pachtverträge (cf. §. 35 Subh.-Ord.), so kommen dem Subhastaten in der Regel die

Mieth- oder Pachtgelder bis zum Zuschlage zu und unterliegen daher eventuell einer distribution par contribution; jedoch können die Gläubiger die nach der Beschlagnahme verfallenen Miethen oder Pächte mit Arrest belegen lassen, was die Wirkung hat, daß der Betrag derselben nach der Rangordnung der Hypotheken vertheilt werden muß und daß der Miether oder Pächter verpflichtet wird, die nach der Eintragung des Beschlages in das Hypothekenbuch fällig werdenden Miethen oder Pächte nur an die Hypothekargläubiger zu bezahlen; von dieser Verbindlichkeit befreit ihn sogar nach einem fixirten Gerichtsgebrauch eine früher an den Subhastaten geschehene Vorausbezahlung von noch nicht erfallenen Zielern keineswegs. (cf. Grenier I. 142. — Rouen 14. November 1829. Jprd. du 19me s. 1830. 2. 221 und mehre Urtheile des Landgerichts zu Köln, Arch. 44. 2. B. 60.)

Haben die Gläubiger nicht den Arrest anlegen lassen, so stehen dem Schuldner auch die nach der Beschlagnahme erfallenden Zieler zu, jedoch nur bis zu dem Zuschlage, oder bis zu dem Tage, von welchem an, der Ansteigerer nach den Kaufbedingungen Eigenthümer der subhastirten Grundstücke ist; von diesem Tage, also in der Regel vom Zuschlage an, ist der Miether oder Pächter verpflichtet, an den Ansteigerer zu zahlen und zwar selbst dann, wenn er eine Quittung über vorausbezahlte Miethe vorweisen kann, vorausgesetzt daß zur Zeit der Vorausbezahlung bereits Hypotheken auf dem Immobile ruhten; hätte der Miether oder Pächter Vorauszahlungen an einen Cessionar des Vermiethers geleistet, so würde ihn dies ebensowenig von der Verbindlichkeit befreien, den Miethpreis an den Ansteigerer zu bezahlen, indem die Cession des Miethpreises für die Zeit nach dem Zuschlage dem Ansteigerer gegenüber unwirksam ist. (cf. L. G. Köln 1. März 1844 bestätigt durch ein Urtheil des Appellhofes vom 13. August 1844. Arch. 44. 2. B. 60 und mehre daselbst angeführte Urtheile). Der Ansteigerer braucht schlechterdings keine Vorauszahlungen anzuerkennen, ohne daß ihm in irgend einer Weise obläge, eine Simulation zu beweisen; von dem ersten nach dem Zuschlag erfallenden Ziel, kann er jedoch natürlich nur diejenige Rate fordern, welche dem Zeitraum vom Zuschlage bis zum ersten Verfalltage entspricht, denn civile Früchte werden Tag für Tag erworben (Rogron p. 845 fine.)

## §. 9.

Derjenige, gegen welchen der Beschlag ausgewirkt worden, darf den Werth der Immobilien auf keine Art vermindern und daher auch kein Holz auf denselben fällen; er wird, im Fall einer Zuwiderhandlung, zur vollständigen Entschädigung verurtheilt und ist deshalb dem persönlichen Arrest unterworfen.

Es bedarf kaum einer Bemerkung, daß der Extrahent oder andere Gläubiger, sobald sie Deteriorationen von Seiten des Schuldners in Erfahrung bringen oder auch nur befürchten, bei dem Friedensrichter nach §. 8 Subh.-Ord. beantragen können, daß dem Schuldner schon im Laufe des Verfahrens der Besitz entzogen werde; hierdurch werden sie am besten jedem Schaden vorbeugen; ist der Schaden aber einmal geschehen, so bleibt freilich nichts anderes übrig, als die Klage auf Ersatz desselben gegen den Subhastationsimpetraten. Diese Klage steht nach dem Zuschlage dem Ansteigerer zu; sie ist aber auch das einzige demselben zustehende Mittel, namentlich hat er keinen Anspruch, im Ordreverfahren für die Summe des erlittenen Schadens auf den Steigpreis locirt zu werden. (Paris 2. Januar 1808. Sirey VII. p. 950. — Pigeau II. 308. — Favard V. p. 54).

## §. 10.

Wenn der Schuldner nach erfolgter Eintragung der Beschlagnahme in das Hypothekenbuch die Immobilien veräußert, so ist diese Handlung in Beziehung auf die Gläubiger nichtig, ohne daß es hierzu eines besondern Erkenntnisses bedarf. Doch behält eine solche Veräußerung ihre Kraft, wenn der Erwerber eine zur Tilgung der eingeschriebenen Forderungen an Capital, Zinsen und Kosten hinreichende Summe vor dem Zuschlage deponirt, und den Beweis darüber den eingeschriebenen Gläubigern insinuiren läßt. Sind die auf diese Art deponirten Gelder erborgt, so haben die Darleiher nur eine, den, zur Zeit der Veräußerung eingetragenen, Gläubigern nachstehende Hypothek. Ist die Deposition nicht vor dem Zuschlage geschehen, so darf dieser unter keinem Vorwande ausgesetzt werden.

I. Der §. 10 Subh.-Ord. entspricht fast ganz genau den Art. 692—694 B. P. O., mit dem einzigen Unterschied, daß das Veräußerungsverbot des §. 10 von dem Zeitpunkt der Eintragung des Beschlages in das Hypothekenbuch seinen Anfang nimmt, während nach der B. P. O. die Zustellung des „procès verbal de saisie" an den Subhastaten den Wendepunkt bildete.

Das Veräußerungsverbot des Paragraphen ist nur ein relatives, was durch den Zusatz „in Bezug auf die Gläubiger" mit größerer Schärfe, als in dem Art. 692 B. P. O. ausgedrückt ist. In jeder andern Beziehung bleibt die vom Subhastaten vorgenommene Veräußerung bestehen und kann namentlich von dem Käufer oder Erwerber selbst nicht angefochten werden, so lange das Immobile nicht gegen ihn reklamirt wird. (Persil fils comm. N°. 149—150. — Rogron ad art. 687. — Thomine Dem. N°. 771. — Pigeau II. p. 313.)

Die Frage ob der Schuldner nach der Eintragung der Beschlagnahme ins Hypothekenbuch auch noch neue Hypotheken auf die Immobilien legen könne, wird verschieden beantwortet; Carré stützt sich für die Verneinung auf den Art. 2124 B. G. B. der das Recht, Hypotheken zu bestellen, nur demjenigen gewähre, der die Fähigkeit habe, zu veräußern, (Carré pr. Qu. 2321); indessen spricht der Art. 2124 nur von der Unfähigkeit zu veräußern überhaupt, die z. B. wegen Minderjährigkeit, Interdiktion oder wegen anderer persönlicher Gründe Statt findet. Im Falle des §. 10 dagegen ist der Subhastat an sich in der Veräußerung nicht weiter beschränkt, als daß seine Gläubiger die zu ihrem Nachtheil geschehene Alienation nicht anzuerkennen brauchen; und so trifft der aus dem Art. 2124 hergeleitete Grund jedenfalls nicht zu. Im Gegentheil geht aus dem §. 10 selbst auf das unzweideutigste hervor, daß der Schuldner in Bezug auf Hypothekenbestellungen nach der Beschlagnahme unbeschränkt ist: der Paragraph hat nämlich offenbar nur den Vortheil der H y p o t h e k a r g l ä u b i g e r im Auge, was sich daraus ergiebt, daß jede Veräußerung in Kraft bleibt, sobald nur die Forderungen der eingeschriebenen Gläubiger getilgt werden; diese Gläubiger haben aber gar kein Interesse, eine nach der Beschlagnahme konsentirte Hypothek anzugreifen, weil sie jedenfalls ihren früher inscribirten Forderungen nicht schaden kann und da nun sogar eine Veräußerung nur dann in Bezug auf die Hypothekargläubiger nichtig ist, wenn sie ihnen zum Nachtheil gereicht, so ist kein Grund vorhanden, diese bloß relative Nichtigkeit auf die Hypothekenbestellung auszudehnen. In der That ist auch die Ansicht, nach welcher der Schuldner noch nach der Beschlagnahme gültig Hypotheken zu bestellen befugt ist, unbedingt die herrschende (cf. Thomine Dem. N°. 771. — Grenier I. 111. — Troplong I. 413 bis. — Pigeau II. p. 219. Merlin rep. V°. sais. imm. §. 6 art 1 N°. 14. Favard V. p. 54 N°. 1). Zwar ist die Folge hiervon, daß der Schuldner einzelne seiner Gläubiger vor den andern begünstigen kann; aber er hätte es ebensogut vor dem Beschlage gekonnt und da dieser so wenig eine Alteration seines Eigenthumsrechts herbeiführt, daß auch nach der Beschlagnahme alle Eigenthumsklagen nur gegen ihn zu richten sind, so ist nicht einzusehen, warum er, so lange er Eigenthümer ist, nicht Hypotheken gültig bestellen dürfte.

II. Ist aber eine Veräußerung nach der Eintragung des Beschlages in das Hypothekenbuch vorgekommen, so hat die in Bezug auf die Gläubiger von selbst eintretende Nichtigkeit derselben eine doppelte Bedeutung: einmal braucht das Subhastationsverfahren nur gegen den Schuldner allein, nicht aber gegen den neuen Erwerber fortgesetzt zu werden, sodann kann die Wirkung des von den Gläubigern im Licitationstermin bewirkten Zwangsverkaufs durch die Veräußerung in keiner Weise alterirt werden, d. h. der Ansteigerer erwirbt das Eigenthum an den licitirten Immobilien gerade so, als wenn

keine Veräußerung von Seiten des Subhastaten vorgekommen wäre; er wird daher z. B. nicht nur Eigenthümer eines subhastirten Hauses, sondern auch der niet= und nagelfesten Gegenstände und überhaupt aller Accessorien, sollten sie auch von dem Subhastaten nach der Beschlagnahme verkauft worden sein (III. Senat. 21. August 1833. Arch. 19. 1. 165.). In dem Falle des angeführten Urtheils waren verkaufte Thüren, Fenster u. dgl. sogar schon aus den Angeln gerissen und von den Wänden gelös't; da sie sich aber noch in einem zum Hause gehörigen Hintergebäude vorfanden und also noch nicht in den Besitz des Käufers übergegangen waren, so wurde dem Ansteigerer das Recht zugesprochen, sie zu ergreifen.

Sind die Thüren, Fenster oder andere zum Hause gehörende Gegenstände jedoch bereits in den Besitz anderer Personen gekommen, so wird der Ansteigerer sie nur dann gegen die Besitzer vindiciren können, wenn sie nach dem Zuschlag vom Hause getrennt und verkauft worden sind, denn in diesem Falle muß man die Gegenstände gewiß als gestohlene betrachten, da der Ansteigerer vom Tage des Zuschlages an, Eigenthümer des Hauses und also auch des damals noch daran befindlichen Zubehörs geworden ist; wäre jedoch die Losreißung und der Verkauf der Thüren, Fenster 2c. schon vor dem Zuschlag geschehen, so würde dem Ansteigerer blos eine Klage auf Entschädigung gegen den Subhastaten, nicht aber eine Vindikation der losgetrennten und verkauften Gegenstände zustehen, denn durch die Lostrennung sind die Sachen Mobilien geworden; sie haben aufgehört unbewegliches Zubehör des Hauses zu sein und der Ansteigerer hat daher auch nicht mit dem Hause das Eigenthum an ihnen erworben.

III. Will der Erwerber der mit Beschlag belegten Immobilien die Licitation verhindern, so kann er dies nicht durch ein bloßes Anerbieten, die Hypothekargläubiger zu befriedigen, sondern er muß eine Summe deponiren, welche hinreicht, sämmtliche zur Zeit der Veräußerung inscribirte Forderungen mit Zinsen und Kosten zu tilgen und den Beweis darüber den Gläubigern insinuiren. Gehört der Extrahent selbst zu den Hypothekargläubigern, so hat die Sache keine Schwierigkeit; wie verhält es sich aber, wenn der Extrahent bloßer Chirographargläubiger wäre? Wenn sub II. gesagt wurde, daß der §. 10 Subh.=Ord. bloß den Vortheil der Hypothekargläubiger im Auge habe, so kann allerdings nicht aus dem Paragraphen selbst gefolgert werden, daß der Erwerber auch einen solchen Extrahenten befriedigen müsse, um die Licitation zu verhindern; dies folgt aber daraus, daß der Extrahent auch ohne Hypothek zur Poursuite berechtigt war und daß also der Schuldner ihm nicht durch einen willkürlichen Verkauf die Verfolgung seiner Rechte abschneiden darf. Unter allen Umständen muß daher eine Summe konsignirt werden, welche zur Bezahlung der inscribirten Forderungen, einschließlich der Forderung des Extrahenten, hinreicht und letzterem muß auch dann, wenn er nur

Chirographargläubiger ist, der Beweis der Konsignation insinuirt werden. Dagegen braucht der Erwerber nicht die übrigen Chirographargläubiger und auch nicht die erst nach der Erwerbungsurkunde inscribirten Hypothekargläubiger zu bezahlen, sollte die Hypothek der letztern auch eine gesetzliche, von der Inscription unabhängige sein, denn der §. 10 Subh.-Ord. macht ihm schlechthin nur die Hinterlegung einer zur Tilgung der eingeschriebenen Forderungen hinreichenden Summe zur Pflicht; daß übrigens nur die zur Zeit der Veräußerung eingeschriebenen Gläubiger in Betracht kommen, ergibt sich auch klar aus der Bestimmung des Gesetzes, nach welcher nur diese, nicht aber die später inscribirten Gläubiger mit ihrer Hypothek dem etwaigen Darleiher der Kaufgelder vorgehen sollen.

Es ist auch noch zu bemerken, daß der §. 10 Subh.-Ord. dem Erwerber nicht die vorherige Transscription der Erwerburkunde zur Bedingung macht, um das Recht der Konsignation ausüben zu dürfen.

IV. Hat der Erwerber vor dem Zuschlage die Deposition vorgenommen und den Gläubigern insinuirt, so muß mit jedem weitern Verfahren inne gehalten werden und die Licitation darf nicht vor sich gehen, selbst wenn die deponirte Summe unzureichend wäre; in diesem Falle müßten vielmehr vorab der Erwerber und der Schuldner vor das Landgericht, in dessen Sprengel die betreffenden Immobilien liegen, geladen werden, um über die Gültigkeit der Konsignation kontradiktorisch zu verhandeln; eine solche Ladung wird überhaupt immer nöthig sein, damit die Gläubiger ein Urtheil erhalten, auf Grund dessen sie von den deponirten Gelder bei der betreffenden Kassa den Betrag ihrer Forderungen erheben können. Die Kosten dieser Procedur sind gewiß immer dem Subhastaten zur Last zu legen, einerlei, ob er Drittbesitzer oder persönlicher Schuldner ist; würde aber die Deponirung für ungenügend erklärt, so hätte der Erwerber die Kosten des Processes zu tragen und könnte selbst unter Umständen zum Schadensersatz verurtheilt werden.

Die Deponirung von Seiten des Erwerbers ist wie eine Zahlung zu betrachten, da sie die Bedeutung hat, den Extrahenten und die Hypothekargläubiger zu desinteressiren; hieraus folgt, daß die übrigen Gläubiger des Subhastaten sich auch dann nicht der Auszahlung des dem Extrahenten zukommenden Betrages widersetzen können, wenn dieser ein bloßer Chirographargläubiger sein möchte; sie können nicht die distribution par contribution der zur Desinteressirung eines solchen Extrahenten konsignirten Summe verlangen.

Der Erwerber wird übrigens ipso jure in die Rechte der von ihm bezahlten Gläubiger subrogirt (Art. 1250 §. 2 B. G. B.), selbst in die Rechte des Extrahenten, wenn dieser auch nicht Hypothekargläubiger ist, jedoch erhält er in diesem Falle durch die Subrogation nur eine Chirographarforderung.

V. Der Erwerber hat das Recht, die Veräußerung mittelst der ihm durch den §. 10 Subh.-Ord. gestatteten Deponirung aufrecht zu erhalten,

nur bis zum Zuschlage. Daß er es im Falle der Resubhastation noch nach dem ersten, jedoch vor dem zweiten Zuschlage könne, wird bisweilen behauptet, jedoch gewiß mit Unrecht, denn nach §. 37 Subh.-Ord. hat der Ansteigerer im Licitationstermin im Falle der Resubhastation das Recht, den ihm geschehenen Zuschlag aufrecht zu erhalten, wenn er nur zu irgend einer Zeit vor dem zweiten Zuschlag die Erfüllung der ihm bis zur Ausfertigung des Licitationsprotokolls obliegenden Verpflichtungen nachweiset und die späteren Kosten deckt.

VI. Die vor der Eintragung der Beschlagnahmeverfügung in das Hypothekenbuch vorgenommene Veräußerung bleibt in der Regel bestehen, insofern sie nicht etwa von den Gläubigern des Verkäufers mit der actio Pauliana oder wegen eingetretenen Fallimentszustandes anzufechten ist (Art. 1167 B. G. B. Art. 442, 444 H. G. B.). Hierdurch kann allerdings der die Subhastation betreibende Gläubiger in eine unangenehme Lage kommen, zumal wenn er ein bloßer Chirographargläubiger ist, da er dem verkauften Immobile in die Hand des Dritten zu folgen keine Befugniß hat; indessen ist er jedenfalls berechtigt, von seinem Schuldner Ersatz der bis zur Veräußerung aufgegangenen Kosten zu verlangen, weil ihm bis dahin die Poursuite zustand und der Schuldner die Kosten dadurch selbst veranlaßt hat, daß er seine Schuld nicht bezahlte; der Hypothekargläubiger dagegen kann sich noch auf andere Art helfen: er wird, wenn er gegen den Drittbesitzer das Subhastationsverfahren von Neuem beginnt, unstreitig befugt sein, in den Kaufbedingungen den Ansteigerer zu verpflichten, auch die Kosten des frühern, durch die Veräußerung unterbrochenen, Verfahrens zu bezahlen; er würde selbst, Mangels einer solchen Kaufbedingung, im Ordreverfahren für diese durch den Schuldner selbst frustrirten Kosten Locirung beanspruchen können.

Wenn übrigens die vor der Eintragung des Beschlages in das Hypothekenbuch erfolgte Veräußerung auch bestehen bleibt, so kann sich doch nur der Erwerber, nicht aber der Schuldner seinen Gläubigern gegenüber auf sie berufen; der Schuldner ist daher auch nicht qualificirt, aus der geschehenen Veräußerung einen Einspruch gegen das Subhastationsverfahren herzuleiten; in seinem Munde wäre die Einrede eine exceptio de jure tertii (I. Senat 21. Mai 1834. Arch. 20. 1. 167).

## §. 11.

Sobald der Friedensrichter oder Deputirte die Beweise über die Erfüllung der Vorschriften, wegen Zustellung und Eintragung der Beschlagnahme (§. 5. 6.) in Händen hat, entwirft er sogleich auf den Grund der nach §. 5 aufgenommenen Verhandlung, das Subhastationspatent und verordnet dessen Bekanntmachung.

## * §. 12.

Das Subhastationspatent muß enthalten:

1) Namen, Gewerbe und Wohnort des extrahirenden Gläubigers und des Schuldners;
2) die Bezeichnung der zur Veräußerung bestimmten Immobilien, wie solche im §. 4 N°. 2 vorgeschrieben ist, mit Angabe der Grundsteuer und des ersten Gebots des Gläubigers;
3) die Anzeige, daß der vollständige Auszug der Steuerrolle nebst den Kaufbedingungen auf der Gerichtsschreiberei des Friedensgerichts oder des Landgerichts, wenn dieses einen Deputirten aus seiner Mitte ernannt hat, einzusehen ist;
4) die Bestimmung des Tages und des Ortes, an welchen die Versteigerung und der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgen sollen.

ad N°. 1 des Paragraphen.

I. Der §. 12 ist bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben; deßwegen ist das Subhastationspatent nichtig, wenn es nicht eine, der N°. 1 entsprechende, Bezeichnung des extrahirenden Gläubigers enthält; betreibt jedoch Jemand für sich und zu gleicher Zeit als Vormund seiner minorennen Kinder eine Subhastation, so ist es keine Nichtigkeit, wenn das Patent nicht die Namen der Kinder enthält, zumal wenn Zahlungsbefehl und Beschlagnahmeverfügung dieselben enthielten; auch genügt die Angabe des wirklichen Domicils des Gläubigers, ohne daß es nöthig wäre, das im Zahlungsbefehl gewählte Domicil zu bezeichnen. (I. Senat 26. Februar 1826. Arch. 9. 1. 51.)

ad N°. 2 des Paragraphen.

II. Die Beschreibung der zu veräußernden Immobilien muß bei Strafe der Nichtigkeit dem §. 4 N°. 2 und fine entsprechen, (cf. §. 4 I. bis VI.); und dazu muß noch die Grundsteuer und das erste Gebot angegeben werden. Was das erste Gebot betrifft, so muß dasselbe gewiß für jede einzelne Parcelle besonders gemacht werden, es sei denn daß die Parcellen zu einem und demselben Gute gehörten, in welchem Falle ein Erstgebot auf das Ganze genügen würde, (I. Senat 16. Januar 1826. Arch. 9. 1. 21.); in Bezug auf die, von dem §. 12 N°. 2 geforderte Angabe der Grundsteuer dagegen, reicht es hin, wenn die Grundsteuer für sämmtliche zu veräußernde Immobilien in solle angegeben wird, denn das Subhastationspatent muß ja ohnehin bei Strafe der Nichtigkeit, die Anzeige enthalten, daß der vollständige Auszug der Steuerrolle auf der Gerichtsschreiberei des Friedensgerichts zur Einsicht offen liege (L. G. Coblenz. 26. Juli 1838. Arch. 29. 1. 191.)

ad N⁰. 4 des Paragraphen.

III. Die Angabe der Stunde der Licitation durch das Subhastationspatent ist nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben; sollte daher das Patent die Bestimmung der Stunde enthalten, so würde die Vornahme der Versteigerung zu einer spätern Stunde keine Nichtigkeit begründen, was um so mehr anzunehmen ist, da die Subh.=Ord. nirgends die Konstatirung der Stunde der Eröffnung des Licitationstermins vorschreibt, (I. Senat 28. Juni 1831. Arch. 16. 1. 108.)

## * §. 13.

Der Termin muß wenigstens von zwei Monaten sein, wenn die jährliche Grundsteuer weniger als 4 Thl. beträgt, von drei Monaten bei einer jährlichen Grundsteuer von 4 Thl. bis 160 Thl. ausschließlich, und von vier Monaten, wenn die Grundsteuer 160 Thl. oder mehr beträgt.

Unter dem Ausdruck „Monat" ist hier, wie überhaupt in der Subh.=Ord. ein Kalendermonat zu verstehen (II. Senat 6. März 1834. Arch. 20. 1. 13.); es muß daher bei Strafe der Nichtigkeit nicht ein Termin von wenigstens 60, 90 oder 120 Tagen, sondern von wenigstens 2, 3 oder 4 Kalendermonaten eingehalten werden; im Fall einer jährlichen Grundsteuer unter 4 Thl. ist daher die am 30. Mai erfolgte Licitation nichtig, wenn die letzte Anheftung (§. 15) des Subhastationspatentes erst am 30. März desselben Jahres erfolgt war.

## * §. 14.

Die Bekanntmachung des Subhastationspatentes geschieht:

I. Wenn die jährliche Grundsteuer weniger als 4 Thl. beträgt, durch Anschlag gedruckter Exemplare desselben in der Gemeinde, wo die Immobilien liegen, in dem Hauptorte der Bürgermeisterei, wozu diese Gemeinde gehört und an der äußern Thür des Geschäftslokals des Friedensrichters. Liegen die Immobilien in mehreren friedensgerichtlichen Bezirken, so geschieht die Anheftung an dem Geschäftslokal eines jeden der betreffenden Friedensrichter. Ist aber für das Subhastationsverfahren ein Deputirter des Landgerichts ernannt, so geschieht auch der Anschlag außerdem noch an dem Gebäude, wo das Landgericht seine Sitzung hält. Diese Anheftung geschieht durch

einen Gerichtsboten, welcher solche durch Urkunden in gesetzlicher Form konstatirt.

II. Wenn die jährliche Grundsteuer 4 Thl. oder mehr beträgt, außer den sub I. verordneten Anschlägen durch eine dreimalige, nach möglichst gleichen Zeiträumen zu bewirkende, Einrückung des Subhastationspatents in den öffentlichen Anzeiger des Regierungsbezirks.

Den Betheiligten ist es in allen Fällen unbenommen, auf ihre Kosten noch jede andere Bekanntmachung zu veranlassen.

Wenn der §. 14 I. vorschreibt, daß die vorgeschriebene Anheftung des Patentes durch einen Gerichtsvollzieher konstatirt werden solle, so genügt es, wenn der betreffende Gerichtsvollzieherakt in allgemeinen Ausdrücken besagt, daß die Anheftung an den gesetzlichen Orten geschehen sei, (I. Senat 19. Febr. 1827. Arch. 10. 1. 171.) Der Art. 685 B. P. O. verbot sogar für die Konstatirung der durch Art. 684 vorgeschriebenen Anheftung, jede nähere Detaillirung ausdrücklich.

## * §. 15.

Die im §. 13 vorgeschriebenen Fristen werden, wenn keine Bekanntmachung des Patents durch den öffentlichen Anzeiger nöthig ist, (§. 14. I.) vom Tage der zuletzt geschehenen Anheftung, sonst aber (§. 14. II.) vom Tage der ersten Einrückung in den öffentlichen Anzeiger, gerechnet.

## * §. 16.

In den ersten 14 Tagen der nach den Bestimmungen des vorigen Paragraphen zu berechnenden Frist muß jedem der eingetragenen Gläubiger in dem, bei der Eintragung der Forderung ins Hypothekenbuch gewählten Wohnorte, sowie dem Schuldner, in den für die Vorladungen vorgeschriebenen Formen ein gedrucktes Exemplar des Subhastationspatents zugestellt und zugleich in der Zustellungsurkunde bemerkt werden, daß und an welchen Tagen die Anheftung des Patents und die erste Einrückung desselben in den öffentlichen Anzeiger, wenn sie nöthig ist, geschehen sind.

Der Paragraph ist ebenso, wie die §§. 12—15 bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben und eine Zuwiderhandlung gegen die in ihm enthaltenen

Vorschriften bewirkt die Nichtigkeit des Subhastationspatentes und des ganzen darauf gefolgten Verfahrens (§. 32 Subh.-Ord.)

I. Die durch den §. 13 Subh.-Ord. festgesetzte zwei-, drei- oder viermonatliche Subhastationsfrist, ist zu Folge des §. 15 bei einer Grundsteuer unter 4 Thl., von dem Tage der letzten Anheftung und bei einer höhern Grundsteuer, vom Tage der ersten Einrückung des Patents in den öffentlichen Anzeiger zu rechnen; da nun der §. 16 sagt, daß die Zustellung des Patentes in den ersten 14 Tagen der nach den Bestimmungen des §. 15 zu berechnenden Frist erfolgen müsse, so würde hieraus bei einer streng grammatikalischen Auslegung zu folgern sein, daß die mehr als 14 Tage nach der letzten Anheftung oder nach der ersten Insertion erfolgte Zustellung auch dann eine nichtige sei, wenn sie vor Ablauf der ersten 14 Tage der, dem Licitationstermin vorhergehenden, zwei- drei- oder viermonatlichen Frist erfolgt. In der That ist auch in einem Urtheil des III. Senats vom 19. April 1838, (Arch. 27. I. 61.) diese streng grammatikalische Auslegung angenommen worden. Der Fall war folgender: Es handelte sich von der Subhastation eines Grundstücks, dessen jährliche Grundsteuer zwischen 4 und 160 Thl. betrug. Nach §. 13 und 15 mußten also wenigstens 3 Monate zwischen der ersten Insertion und dem Licitationstermin liegen. Der Licitationstermin war auf den 23. Januar 1838 festgesetzt; am 3. Oktober 1837 erfolgte die erste Insertion und am 18. Oktober desselben Jahres, also sogar noch mehr als 3 Monate vor dem Verkaufstermin, geschah die Zustellung des Patents an den Subhastaten; dieser verlangte die Vernichtung des Subhastationsverfahrens, weil die Zustellung mehr als 14 Tage nach der ersten Insertion erfolgt sei, worauf das L. G. zu Kleve zwar durch sein Erkenntniß vom 14. Februar 1838 a. a. O. die Opposition verwarf, der Appellhof aber das Verfahren wegen verspäteter Zustellung des Patents vernichtete.

Wenn man indessen bedenkt, daß der §. 15 gar keine neue Frist einführt, sondern nur bestimmt, welcher Zeitpunkt jedenfalls nicht in die schon durch §. 13 festgesetzte, vom Tage des Licitationstermins an, rückwärts zu rechnende Frist fallen soll, so kann man auch untergebens, wo zwischen dem einmal festgesetzten Verkaufstermin und dem Tage der ersten Insertion, rückwärts gerechnet, mehr als die erforderlichen 3 Monate lagen, nicht den Tag der Insertion, sondern nur den ersten Tag der dem Termin vorhergehenden letzten 3 Monate, als den Anfangspunkt der dreimonatlichen Normalfrist betrachten und die 14tägige Frist des §. 16 lief in vorliegendem Fall erst 14 Tage nach dem 23. Oktober 1837 ab; die am 18. Oktober erfolgte Zustellung war mithin sogar vor dem Beginn der 14tägigen Frist erfolgt, mithin jedenfalls nicht verspätet; wollte man sich aber auf den Wortlaut des §. 16, der die Zustellung in den ersten 14 Tagen der Frist befiehlt,

stützen, so müßte man eine Ungültigkeit der Zustellung nicht wegen Verspätung, sondern wegen Verfrühung annehmen; da der §. 16 indessen gewiß nur den Sinn haben kann, ein Präjudiz auf die verspätete Zustellung zu setzen, so muß man die am 18. Oktober erfolgte Signifikation, als in einem richtigen Zeitpunkt erfolgt, betrachten, was auch durch ein späteres kassirendes Urtheil angenommen worden ist (Cass. 27. Juli 1839. Arch. 29. 2. 17.)

Die Frist von 14 Tagen darf übrigens um keinen Zusatztag vermehrt werden, auch ist bei ihr der Tag des Beginns und des Ablaufs mit zu rechnen. (L. G. Cleve 14. Febr. 1838. Arch. 27. 1. 62.) Ist z. B. der Licitationstermin auf den 1. Januar festgesetzt, so muß bei einer Grundsteuer zwischen 4 und 160 Thl. die erste Insertion spätestens am vorhergehenden letzten September erfolgen und da hiernach der erste Tag der dreimonatlichen Frist der 1. Oktober ist, so kann die Zustellung des Patents nur noch am 14. Oktober geschehen; später wäre sie nichtig.

II. Wenn der §. 16 die Zustellung des Patents an den Schuldner vorschreibt, so meint er hiermit den wirklichen Subhastaten, nicht etwa den persönlichen Schuldner, wenn dieser zufällig eine andere Person sein möchte; der subhastirte Drittbesitzer kann also keine Nichtigkeit daraus herleiten, daß an den persönlichen Schuldner keine Insinuation erfolgt sei, (L. G. Coblenz 26. Juli 1838. Arch. 29. 1. 191 fine.) — Ist einmal die Zustellung an den Schuldner geschehen, so braucht sie nicht an die Agenten oder Syndiken wiederholt zu werden, wenn der Schuldner nachher in Fallimentszustand gerathen möchte, (I. Senat 28. Juni 1831. Arch. 16. 1. 108.)

III. Da dem Extrahenten hinsichtlich der eingetragenen Gläubiger nur die Zustellung des Patentes in dem bei der Inscription gewählten Domicil zur Pflicht gemacht ist, so folgt daraus, daß sie nicht gefordert werden kann, wenn der Gläubiger in seiner Inscription kein Domicil gewählt hat, denn, wenn auch die Zustellung unbedenklich in dem wirklichen Domicil des Gläubigers geschehen kann, so muthet doch das Gesetz dem Extrahenten nicht zu, diejenigen Gläubiger aufzusuchen, die kein Domicil bei ihrer Inscription gewählt haben; diese Gläubiger haben sich vielmehr die Folgen ihrer Nachlässigkeit selbst zuzuschreiben. Ist aber bei der Inscription ein Domicil gewählt, so muß und kann die Zustellung auch dann in diesem Domicil erfolgen, wenn derjenige, bei welchem es gewählt war, später verzogen ist; ist daher z. B. das Domicil in der Amtsstube eines Notars gewählt, und hat diese durch das Austreten des Notars aufgehört zu bestehen, so geschieht die Zustellung des Patents an den Hypothekargläubiger gültig in dem Lokal, wo die Amtsstube bestand, (III. Senat 26. August 1840. Arch. 30. 1. 78.)

IV. Die Frage, welchen Gläubigern bei Strafe der Nichtigkeit das Patent zuzustellen sei, ist eine ganz verschiedene von der andern, wer die

aus der unterlassenen Zustellung hervorgehende Nichtigkeit geltend machen könne. Was die erste Frage betrifft, von der hier zunächst allein die Rede sein soll, so scheint die Antwort schon in den Worten des §. 16 zu liegen, nach welchen das Subhastationspatent jedem der eingetragenen Gläubiger zuzustellen ist; hiernach wird für die nicht eingetragenen, aber mit einer gesetzlichen Hypothek versehenen Gläubiger keine Zustellung verlangt und daß sie dennoch nöthig sei, kann um so weniger angenommen werden, da, wie schon sub III. ausgeführt wurde, dem Extrahenten, selbst bei einer wirklich existirenden Inscription, die Signifikation nur dann obliegt, wenn die Inscription ein gewähltes Domicil enthält, (cf. Pailliet ad art. 695. — Persil fils comm. III. art. 2 §. 9 sect. 6. — Rejet 27. Nov. 1811. Sirey 12. 171. — contra: Merlin rep. V°. sais. imm. §. 6 art. 1 N°. 15.)

Dagegen befiehlt der §. 16 auf der andern Seite die Zustellung an jeden der eingetragenen Gläubiger, ohne zu unterscheiden, ob ihre Inscriptionen gegen den Subhastaten oder ob sie gegen einen Vorbesitzer desselben genommen worden sind, und ohne zu unterscheiden, zu welcher Zeit die betreffenden Hypotheken eingetragen wurden. Die Zustellung muß daher auch an alle Gläubiger erfolgen, welche zur Zeit des Ablaufs der 14tägigen Frist des Paragraphen, eine gültig eingetragene Hypothek haben, namentlich also an folgende:

1) An die gegen den Subhastaten selbst inscribirten Gläubiger, einerlei, ob der Subhastat ein persönlicher Schuldner oder ein bloßer Drittbesitzer ist (I. Senat. 15. Januar 1827. Arch. 10. 1. 122.), einerlei ferner, ob die Gläubiger erst vor oder nach der Beschlagnahmeverfügung Inscription genommen haben (Pigeau II. p. 282. — Favard V. p. 55. — Lachaize I. p. 371.).

Ein Urtheil des II. Senats vom 20. Januar 1827, Arch. 10. 1. 197, hat zwar angenommen, daß nur die zur Zeit der Eintragung des Beschlages in das Hypothekenbuch bereits vorhandenen Gläubiger in Betracht kämen; indessen scheinen die für diese Ansicht angeführten Gründe kaum hinzureichen, eine Unterscheidung zu rechtfertigen, welche nicht in dem Gesetz selbst liegt; wenn nämlich der Appellhof in dem angeführten Urtheil sich zunächst darauf stützt, daß der §. 4 N°. 4 Subh.=Ord. die Beibringung des Hypotheken-Auszuges schon vor dem Beschlage fordere und daß von der Eintragung in die Hypothekenbücher an, die Wirkungen gegen Dritte eintreten, so läßt sich hiergegen sagen: alle Bestimmungen des §. 4 Subh.=Ord. verrathen zwar die deutliche Absicht des Gesetzgebers, schon für die Beschlagnahmeverhandlung so ausreichende Nachweise zu verlangen, daß diese Verhandlung bei allen spätern Akten des Verfahrens im Wesentlichen zum Grunde gelegt werden könne; wenn aber, wie Compes attestirt (Compes, die Subh.=Ord. p. 70), in den legislativen Verhandlungen die Bemerkung vorkam, die Bekanntmachung an die, nach den Schritten des Extrahenten zur Beschlagnahme, neu einge-

tragenen Gläubiger verstehe sich von selbst, so ist gewiß aus dem §. 4 N°. 4 kein Argument herzuleiten; was ferner die Eintragung des Beschlages in das Hypothekenbuch betrifft, so wirkt diese allerdings gegen Dritte, wovon der §. 10 Subh.=Ord. ein Beispiel enthält, aber sie bildet keinen Wendepunkt in Ansehung der Hypothekargläubiger, indem, nach einer jetzt ganz feststehenden Jurisprudenz, nach der Eintragung sowohl neue Inscriptionen genommen werden können, als auch die bestehenden erneuert werden müssen (cf. Arch. 18. 1. 228. — 25. 1. 83. — 43. 2. 65.); wenn aber endlich behauptet wird, der §. 16 würde bei einer Ausdehnung auf die, erst nach der Eintragung in das Hypothekenbuch genommenen, Inscriptionen oft unausführbar sein, weil sie so kurz vor dem Ablauf der 14tägigen Frist genommen werden könnten, daß die Zustellung in dieser Frist unmöglich sein müßte, so würde eine solche Unmöglichkeit gewiß nur da in Betracht kommen dürfen, wo sie wirklich in concreto begründet wäre; daß aber die Einhaltung der präklusivischen Frist des §. 16 unter gewissen seltenen Umständen unmöglich sein kann, berechtigt doch nicht, dem Gesetz zuwider zu handeln, wo die Erfüllung desselben möglich ist. Meines Erachtens muß daher allen bis zum Ablauf der 14tägigen Frist inscribirten Gläubigern das Patent innerhalb dieser Frist insinuirt werden, mit der Modifikation jedoch, daß derjenige Gläubiger, welcher durch die seinerseits verspätete Inscription den Extrahenten selbst in die Unmöglichkeit versetzt hat, ihm gegenüber die präklusive Frist zu wahren, sich nicht zu beklagen hat, wenn das Patent ihm erst kurze Zeit nach Ablauf der Frist zugestellt wird; wobei es dann natürlich von den Umständen abhängen wird, ob nicht dennoch eine Verspätung der Zustellung anzunehmen sei.

2) An die gegen die Vorbesitzer des Subhastaten eingeschriebenen Gläubiger:

Zwar ist dies keineswegs allgemein angenommen; vielmehr gehen allerdings die meisten in dieser Materie ergangenen Urtheile von dem Grundsatz aus, daß der Extrahent den Gläubigern der frühern Eigenthümer das Patent nicht insinuiren zu lassen brauche, weil das Gesetz ihm keine Möglichkeit an die Hand gebe, die frühern Eigenthümer zu ermitteln und Hypothekenauszüge gegen sie zu nehmen (cf. Landgericht zu Coblenz. 26. Juli 1838. Arch. 29. 1. 191. — Landgericht zu Saarbrücken. 4. Sept. 1848. Arch. 43. 1. 268. — Cass. 13. Nov. 1837. Sirey XXXVIII. 1. 196. — Cass. 4. Januar 1837. Sirey XXXVII. 1. 130.); andere Urtheile nehmen zwar dann eine Nichtigkeit des Verfahrens an, wenn der Extrahent die Vorbesitzer kannte und dennoch den gegen dieselben eingetragenen Gläubigern die durch Art. 695 B. P. O., modo §. 16 Subh.=Ord., vorgeschriebene Zustellung nicht machen ließ, entscheiden aber zu gleicher Zeit, daß der Mangel der Insinuation nicht schade, wenn der Extrahent die Vorbesitzer nicht gekannt habe (cf. Turin 2. Juli 1810 journ. des avoués II. p. 237. — Cass. 13. Nov. 1827. Sirey XXVIII. 1. 196.); nichts destoweniger hat die entgegengesetzte Ansicht, nach welcher das

Subhastationspatent auch den gegen die Vorbesitzer inscribirten Gläubigern insinuirt werden muß, gewiß das meiste für sich (cf. Carré pr. Quest. 2335. — Favard V. p. 55. — Lachaize I. p. 368. — Cass. 27. Nov. 1811. Sirey XII. p. 171.).

In der That läßt es sich nicht läugnen, daß es dem Extrahenten oft schwer, ja bisweilen sogar unmöglich sein wird, die Vorbesitzer des Subhastaten zu ermitteln, da die Hypothekenregister nach den Namen der Schuldner alphabetisch geordnet werden und also, namentlich, bei dem Mangel einer Transscription, keine Anhaltspunkte zur Aufsuchung der frühern Inscriptionen darbieten; aber befindet sich nicht der Erwerber eines Grundstücks, welcher das Purgationsverfahren beginnen will, in derselben schwierigen Lage? Dieser Erwerber wird eben so oft in der Lage sein, die Vorbesitzer seines Autors nicht ermitteln zu können, und doch purgirt er die inscribirte Hypothek des Gläubigers eines der frühern Eigenthümer nicht, wenn er ihm nicht die durch den Art. 2183 B. G. B. vorgeschriebenen Notifikationen macht! Die Eingangs erwähnten Urtheile haben auch für die Entscheidung der vorliegenden Frage in sofern kein großes Gewicht, als sie sich nur auf solche Fälle beziehen, wo der Subhastat selbst wegen der unterlassenen Insinuation an den Hypothekargläubiger eines Vorbesitzers die Vernichtung des Subhastationsverfahrens verlangte. Der Subhastat hat allerdings kaum ein denkbares Interesse dabei, die Zustellung des Patents an die ihm persönlich fremden Hypothekargläubiger zu verlangen (II. Senat. 13. Dezember 1827. Arch. 11. 1. 181.), indem für das einzige Interesse, welches er an der Vermehrung der Konkurrenz haben könnte, ohnehin schon ausreichend durch die Formen des Verfahrens gesorgt ist.

Hinsichtlich des Hypothekargläubigers aber würde es eine große Ungerechtigkeit sein, wenn man ihm gegenüber ein Verfahren aufrecht erhalten wollte, zu dem er nicht zugezogen worden ist, obgleich er seine Rechte durch eine in voller Kraft bestehende Inscription gewahrt hat. Die für den Extrahenten allerdings bisweilen bestehende Schwierigkeit, die Hypothekargläubiger der Vorbesitzer zu ermitteln, kann kein Motiv sein, diese Gläubiger in Bezug auf die Ausübung ihrer Rechte ungünstiger zu behandeln, als die Kreditoren des Subhastaten selbst.

Der Umstand, daß der A die Rechte des B nicht kennt, kann allerdings für den A unter Umständen höchst fatal werden, hat aber sicherlich niemals für den B einen Verlust seiner Rechte zur Folge; hätte der A z. B. von dem C ein Grundstück gekauft und wollte das Hypothekenreinigungsverfahren anstellen, und nähme nur einen Hypothekenauszug gegen C, weil er dessen Vorbesitzer nicht kennt, so möchte er allerdings unter Umständen in der Unmöglichkeit sein, den frühern Eigenthümer zu ermitteln, gegen den der B eine gültig inscribirte Hypothek auf das Grundstück hat; wenn er aber dem B nicht die durch den Art. 2183 vorgeschriebenen Notifikationen macht, so wird

die Hypothek desselben nicht purgirt und B kann ohne alle Frage gegen A als Drittbesitzer subhastiren lassen, wenn dieser auch den ganzen Kaufpreis an die Kreditoren des C bezahlt hätte. Ebenso muß es sich aber mit der Nichtzuziehung (zur Subhastationsprocedur) des gegen einen frühern Eigenthümer inscribirten Gläubigers verhalten, da der §. 16 Subh.=Ord. von allen überhaupt auf dem subhastirten Grundstück inscribirten Forderungen gleichmäßig redet. Hiernach muß das Subhastationspatent allen zur Zeit des Ablaufs der 14tägigen Frist des §. 16 inscribirten Gläubigern bei Strafe der Nichtigkeit zugestellt werden, einerlei, ob die betreffende Hypothek von dem Subhastaten oder von einem der frühern Eigenthümer konsentirt worden ist.

V. In Betreff der Frage, wer zur Geltendmachung der Nichtigkeit im Falle einer Zuwiderhandlung gegen den §. 16 Subh.=Ord. befugt sei, gilt das Princip der Relativität der Nullität in der Weise, daß nur derjenige, welchem gegenüber die Zustellung versäumt wurde, gewiß aber auch derjenige, welcher durch das Unterbleiben der einem andern gebührenden Zustellung Nachtheile erlitten hat, sich auf die Nichtigkeit berufen kann (I. Senat. 8. Januar 1849. Arch. 43. 1. 269.). In den folgenden Nummern wird man die Anwendung des aufgestellten Princips sehen:

1) Ist dem Subhastaten das Patent nicht significirt, so kann er allein, nicht aber seine Gläubiger, hieraus eine Nichtigkeit herleiten. Ist der Subhastat ein Drittbesitzer, so steht dem ursprünglichen Schuldner die Einrede nicht zu; eben so wenig aber dem Drittbesitzer, wenn dem ursprünglichen Schuldner das Patent nicht significirt wird, was übrigens überhaupt unnöthig ist (Landgericht zu Coblenz. 26. Juli 1838. Arch. 29. 1. 191.). Werden gegen beide, verschiedene Grundstücke auch in demselben Verfahren subhastirt, so kann der Schuldner keine Einrede daraus herleiten, daß dem Drittbesitzer und dessen Gläubigern nicht significirt sei (II. Senat. 14. Dez. 1848. Arch. 43. 1. 267.).

2) Geschieht die Zustellung an einen der inscribirten Gläubiger nicht, so wird in Ansehung dieses, nicht aber in Ansehung der andern Gläubiger, die Nichtigkeit eintreten; (Caen 18. Febr. 1829. Sirey XXX. 2. 222.) sie wird aber auch in Ansehung des Gläubigers, dem gegenüber sie begangen worden ist, gedeckt, wenn er im Licitationstermin mit bieten möchte; hierin müßte eine Anerkennung des Verfahrens gefunden werden. (III. Senat 24. Dezember 1835. Arch. 23. 1. 70.)

3) Kontrovers ist es, ob auch der Subhastat die Vernichtung des Verfahrens aus dem Grunde verlangen könne, weil das Subhastationspatent einem Hypothekargläubiger nicht zugestellt sei. Meistens wird dem Schuldner die Einrede zugestanden, (cf. Paris 13 prair. XI. im pract. fr. IV. p. 355. — Limoges 4. Januar 1828. Sirey XXVIII. 2. 232.) — Toulouse 6. Juli 1833. Sirey XXXIV. 2. 598. — II. Senat 20. März 1823.

Arch. 7. 1. 183. — Pigeau II. p. 315. Favard V. p. 56) oft aber auch, (z. B. bei Pailliet ad art. 695 B. P. O. und in einigen unter der Herrschaft der Subh.=Ord. ergangenen Urtheilen), hat die entgegengesetzte Meinung Geltung gefunden, (cf. II. Senat 13. Dez. 1827. Arch. 11. 1. 181. — L. G. Coblenz 26. Juli 1838. Arch. 29. 1. 191. — II. Senat 14. Dez. 1848. Arch. 43. 1. 268.) Doch muß hierbei bemerkt werden, daß in den Fällen der zuletzt citirten Rheinischen Urtheile der Subhastat daraus eine Einrede hergeleitet hatte, daß die Zustellung an die Gläubiger eines der frühern Eigenthümer nicht erfolgt war. In diesem Falle möchte allerdings, wie schon oben sub IV. bemerkt wurde, der Subhastat ohne alles Interesse zu der fraglichen Einrede sein, denn die gegen die Vorbesitzer inscribirten Gläubiger sind ihm persönlich fremd; in Betreff seiner eigenen Hypothekargläubiger dagegen hat er offenbar das größte Interesse dabei, daß diese Gläubiger, für deren Befriedigung er persönlich zu sorgen hat, in einem Verfahren zugezogen werden, welches eben die Befriedigung der Gläubiger als Zweck und Resultat hat. Denke man sich, daß der nicht zugezogene Gläubiger das gegen seinen Schuldner schon einmal zwangsweise verkaufte Grundstück zum zweiten Mal gegen den Ansteigerer subhastiren ließe, würde dann nicht der Schuldner doppelten Verfolgungen ausgesetzt sein, und zwar nicht nur von Seiten seines nicht zugezogenen Gläubigers, sondern auch von Seiten seiner andern Gläubiger, die bezahlt worden wären, wenn die erste Subhastationsprocedur nicht durch eine formelle Nichtigkeit getroffen würde? Auf wen würden am Ende die Kosten und der durch den verlängerten Zinsenlauf verursachte Schaden fallen? Offenbar auf den Schuldner. Meines Erachtens kann daher der Subhastat zwar daraus keine Nichtigkeit herleiten, daß einem Hypothekargläubiger eines der Vorbesitzer das Subhastationspatent nicht zugestellt worden ist, wohl aber daraus, daß einer der gegen ihn selbst inscribirten Kreditoren diese Zustellung nicht erhalten hat. Die Einrede kann jedoch im Munde des Subhastaten spätestens im Licitationstermin gehört werden. (§. 19 Subh.=Ord.)

VI. Derjenige Hypothekargläubiger, welchem das Patent nicht zugestellt worden, hat officiell keine Kunde von dem Subhastationsverfahren erhalten; er ist also auch in der Geltendmachung der daraus für ihn entstehenden Nichtigkeit nicht an die Fristen der Subh.=Ord. gebunden. Er kann also zwar in dem Licitationstermin opponiren; er braucht aber, wenn er es unterläßt, nicht die Präklusion des §. 19 Subh.=Ord. zu fürchten und wenn er erst nach dem Licitationstermin eine Klage auf Vernichtung des Verfahrens anstellt, so ist er nicht an die 14tägige Frist nach dem Termin gebunden; er kann die Klage auch später anstellen, (II. Senat 19. Juni 1829. Arch. 15. 1. 28. — II. Senat 27. Dez. 1833. Arch. 19. 1. 231.) obgleich diese Klage, um annehmbar zu sein, gewiß gegen den Extrahenten,

den Ansteigerer, den Schuldner und die übrigen Gläubiger bei demjenigen Landgericht angestellt werden muß, in dessen Sprengel die subhastirten Immobilien liegen. Indessen bedarf es für den Hypothekargläubiger gar nicht einmal einer besondern Klage, sondern er kann, die frühere Licitation gänzlich ignorirend, ohne Weiteres gegen den Schuldner ein neues Subhastationsverfahren anstellen, als ob ein solches noch gar nicht vorgekommen wäre und zwar braucht er nicht einmal gegen den im Besitz befindlichen Ansteigerer, wie gegen einen Drittbesitzer zu verfahren, weil der Erwerb desselben in Ansehung seiner nichtig ist. Wird er in dem zweiten Zwangsverkauf Ansteigerer, so steht ihm gegen den ersten Ansteigerer die Räumungsklage zu, (I. Senat 23. August 1847. Arch. 42. 1. 267.)

## *§. 17.

Der Gläubiger, auf dessen Namen die Subhastation betrieben wird, muß in dem Licitationstermin persönlich oder durch einen Bevollmächtigten auf die Versteigerung antragen. Geschieht dieses nicht, so wird das Verfahren aufgehoben, es sei denn, daß ein anderer Gläubiger, welcher sein Subhastationsgesuch ebenfalls schon angemeldet hat, (§. 7.) die Fortsetzung der Licitation verlangt, in welchem Falle dieser in die Stelle des ersten Extrahenten tritt und die Licitation Statt findet, jedoch nur hinsichtlich der Immobilien, auf welche sich dessen Anmeldung bezogen hat.

Der Paragraph verlangt, daß der Extrahent entweder selbst oder durch einen Bevollmächtigten auf die Versteigerung antrage, und verordnet die Aufhebung des Verfahrens für den Fall, wo dies nicht geschieht. Da überdies der Paragraph noch zu den bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen gehört, so folgt hieraus, daß die Licitation nicht Statt finden darf, resp. vernichtet werden muß, wenn derjenige, welcher für den Extrahenten auf die Versteigerung anträgt, zur Zeit des Licitationstermins nicht im Besitz einer gültigen Vollmacht war, und daß dieser Mangel auch nicht durch eine nachher erfolgende Ratihabition gedeckt werden kann (cf. Theil I. §. 20).

Trägt der Extrahent oder sein Bevollmächtigter nicht auf die Licitation an, und nimmt auch kein anderer hierzu berechtigter Gläubiger (§§. 7, 17 Subh.-Ord.) diesen Antrag, so tritt die Aufhebung des ganzen Verfahrens inclusive der Beschlagnahme ein (I. Senat. 29. April 1829. Arch. 13. 1. 198 vierte Erw.). Ganz verschieden davon ist der Fall, wo der Extrahent auf erhobene Einsprüche in die Aufhebung des Verfahrens willigt (§. 19 Subh.-Ord.); in letzterm Falle bleibt die Beschlagnahmeverfügung bestehen.

Ist die Verhandlung bis zum Licitationstermin gediehen und sind dem Schuldner bis dahin alle erforderlichen Zustellungen gemacht, so hindert sein Tod nicht die Abhaltung des Termins und die Erben können sich nicht wider-

setzen, indem sie geltend machen, daß ihnen noch die Inventarisations= und Deliberationsfrist zustehe (arg. Art. 342 B. P. O. II. Senat. 8. Januar 1829. Arch. 12. 1. 264.).

### * §. 18.

Das Licitationsverfahren muß öffentlich und an ordentlicher Gerichtsstelle geschehen. Es wird eröffnet nach vorausgegangenem Antrage des Gläubigers (§. 17) durch Vorlegung der durch gegenwärtiges Gesetz vorgeschriebenen Verhandlungen, der Urkunden der Gerichtsboten über die geschehenen Zustellungen und Anheftungen, so wie der Exemplare des öffentlichen Anzeigers, in welche das Subhastationspatent eingerückt worden ist.

Die Vorschrift, daß das Licitationsverfahren öffentlich und an ordentlicher Gerichtsstelle geschehen müsse, hat den Sinn, daß das Subhastationspatent und das ganze darauf gefolgte Verfahren (§. 32 Subh.=Ord.) nichtig zu erklären ist, wenn das Licitationsprotokoll blos die Abhaltung der Versteigerung an ordentlicher Gerichtsstelle, nicht aber die Oeffentlichkeit ausdrücklich bekundet (III. Senat. 17. Februar 1841. Arch. 30. 1. 215.). Wird jedoch in einem solchen Falle das Verfahren vernichtet, so kann der desfallsige Regreßanspruch gegen den Friedensrichter nur im Wege einer besondern Klage, nicht aber in dem über die Gültigkeit des Subhastationsverfahrens schwebenden Proceß geltend gemacht werden.

### §. 19.

Alle Einreden gegen die Zulässigkeit oder Gültigkeit des bis zu dem Licitationstermin Statt gehabten Verfahrens müssen hierauf, bei Verlust derselben, zu Protokoll gegeben werden. Dem Extrahenten steht es alsdann frei, der angebrachten Einreden ungeachtet, auf die Fortsetzung der Licitation zu bestehen, oder in deren Aufhebung zu willigen. Geschieht das Letztere, so kann die Licitation nur Statt finden, wenn nach Anleitung des §. 17 ein anderer Gläubiger die Fortsetzung der Licitation, hinsichtlich der von ihm bei Anmeldung seines Subhastationsgesuchs (§. 7) bezeichneten Immobilien begehrt, welches alsdann in dem Protokolle zu bemerken ist.

I. Daß die Vorbringung der Einreden verspätet sei, wenn sie erst nach Verlesung der Kaufbedingungen erfolgt, möchte wohl kaum bezweifelt werden können, wenn man den §. 19 mit dem §. 21 Subh.=Ord. zusammenstellt,

denn nachdem im §. 18 gesagt worden ist, wie der Licitationstermin zu eröffnen sei, bestimmt der §. 19, daß hierauf alle Einreden, bei Verlust derselben, zu Protokoll zu geben seien, und der hiermit in Verbindung stehende §. 21 verordnet, daß, wenn bei Eröffnung des Termins keine Einreden vorgebracht worden sind, zur Verlesung der Bedingungen und demnächst zur Licitation zu schreiten sei; hierdurch ist offenbar der Zeitpunkt ganz genau bestimmt, wann die Einreden bei Strafe der Präklusion vorgebracht werden müssen, nämlich gleich bei Eröffnung des Termins und vor Verlesung der Kaufbedingungen (cf. I. Senat. 11. Dezember 1832. Arch. 17. 1. 196. — I. Senat. 11. März 1846. Arch. 40. 1. 209.; im entgegengesetzten Sinne hatte entschieden: II. Senat. 3. Februar 1831. Arch. 17. 1. 193.).

II. In welcher Weise die Einreden vorgebracht werden müssen, sagt der Paragraph ausdrücklich: sie sind zu Protokoll zu geben. — Deßwegen genügt ein dem Friedensrichter zugestellter Oppositionsakt nicht (I. Senat. 30. August 1826. Arch. 10. 1. 2.), und zwar selbst dann nicht, wenn der Friedensrichter die an ihn geschehene Zustellung im Licitationsprotokoll konstatiren möchte (I. Senat. 12. März 1827. Arch. 10. 1. 186.). Wird jedoch ein substantiirter Aufsatz, der die Einreden enthält, zu rechter Zeit überreicht und dem Protokoll annektirt, so sind die Einreden, als zu Protokoll gegeben, zu betrachten (I. Senat. 13. Februar 1828. Arch. 12. 1. 190.).

III. Wenn auch der §. 19 vorschreibt, daß a l l e Einreden gegen die Zulässigkeit oder Gültigkeit des Verfahrens bis zum Licitationstermin, in diesem Termin vorgebracht werden sollen, so kann doch die angedrohte Präklusion natürlich nur diejenigen Personen treffen, welche zu dem Verfahren zugezogen und daher officiell von demselben in Kenntniß gesetzt worden sind. Hieraus folgt z. B., daß der Hypothekargläubiger, dem das Subhastationspatent nicht zugestellt wurde, zwar die desfallsige Nichtigkeit im Termin selbst rügen kann, daß er aber seine Einreden und Ansprüche nicht verliert, wenn er in dem Termin nicht erscheint (cf. Theil II. §. 16. VI.); dasselbe gilt von dem Dritten, welcher Eigenthumsansprüche an den subhastirten Realitäten geltend machen will (§. 20 Subh.-Ord.).

Dagegen müssen alle Personen, welche zu dem Verfahren zugezogen sind, ihre Einreden, die ihnen bis zum Licitationstermin erwachsen sein möchten, bei Strafe des Verlustes derselben, in diesem Termin vorbringen. Zu diesen Personen gehören namentlich die Subhastaten und Mitsubhastaten selbst; sie verlieren sogar ihre Eigenthumsansprüche an den subhastirten Grundstücken oder an einem Theil derselben, wenn sie zwar mit Unrecht als persönliche Schuldner in Anspruch genommen wurden und als Mitsubhastaten figurirten, wenn sie aber zugleich unterlassen haben, ihre Einreden im Licitationstermin geltend zu machen (cf. I. Senat. 27. Juni 1836. Arch. 23. 1. 172.). Zu

den Personen, welche die Präklusion des §. 19 Subh.=Ord. trifft, gehören ferner die Hypothekargläubiger, denen das Subhastationspatent zugestellt worden ist. Diese sind zwar unter Umständen unbedenklich zur Opposition in eigenem Namen qualificirt, müssen aber ihre Einreden gegen das Verfahren bis zum Licitationstermin, spätestens in demselben vorbringen; dasselbe gilt ebenfalls von andern Gläubigern des Subhastaten, welche auf Grund des Art. 1166 B. G. B. die Rechte ihres Schuldners ausüben wollen; diese sind zwar nicht mit dem Verfahren bekannt gemacht, aber sie können natürlich ein Recht ihres Schuldners nur so lange ausüben, als das fragliche Recht letzterem selbst zusteht.

IV. Die Einreden, welche im Licitationstermin gemacht werden können und müssen, betreffen entweder die Zulässigkeit oder die Regelmäßigkeit des Verfahrens. Die Einreden gegen die Zulässigkeit bestehen z. B. darin:

daß der Extrahent überhaupt nicht (beispielsweise als Hypothekargläubiger hinsichtlich der ihm nicht verhypothecirten Grundstücke — Art. 2209 B. G. B.) oder zur Zeit noch nicht (beispielsweise als Cessionar vor Signifikation des Cessionsakts, Arch. 44. 1. 18.) zur Subhastation befugt sei, überhaupt, daß der das Verfahren Betreibende aus irgend einem Grunde hierzu nicht befugt sei (cf. Theil I. Cap. I.);

daß die Forderung des Extrahenten nicht gewiß, fällig und liquide sei (cf. Theil I. Cap. II.);

daß dem Forderungstitel die gesetzlichen Erforderniße mangelen (cf. Theil I. Cap. III.);

daß der zur Subhastation gebrachte Gegenstand kein hierzu geeigneter sei (cf. Theil I. Cap. IV. — Arch. 19. 1. 108.);

daß das Verfahren gegen irgend ein specielles Subhastationsverbot verstoße (cf. Theil I. Cap. V. — Art. 2205, 2206, 2207, 2210 B. G. B.);

daß der Zwangsverkauf nicht gegen denjenigen betrieben werde, der der rechte Subhastat sei (cf. Theil I. Cap. VI.);

endlich, daß das Verfahren an inkompetenter Gerichtsstelle betrieben werde (cf. Theil I. Cap. VII.).

Auf alle diese möglichen Einreden kann hier nicht näher eingegangen werden, da der erste Theil des Buchs die Entwickelung der in dieser Beziehung in Betracht kommenden Grundsätze enthält.

Was die Einreden gegen die Gültigkeit des Verfahrens betrifft, so beziehen diese sich darauf, daß irgend eine bei Strafe der Nichtigkeit durch die Subhastations=Ordnung vorgeschriebene Form verletzt sei, und hinsichtlich solcher Einreden tritt die Präklusion des §. 19 Subh.=Ord. nur in sofern ein, als die Verletzung der Formen des Verfahrens vor dem Licitationstermin Statt gefunden hat.

Von den Einreden gegen die Zulässigkeit und Gültigkeit des Verfahrens

sind die Ansprüche Dritter auf die Immobilien verschieden (§. 20). Diese Ansprüche sind dann als Ansprüche Dritter zu betrachten, wenn sie von solchen Personen ausgehen, die nicht zu dem Verfahren zugezogen worden sind. Derartige Ansprüche können nun zwar im Licitationstermin erhoben werden, aber sie brauchen es nicht; ferner werden sie sich zwar immer wenigstens indirekt auch auf die Zulässigkeit des Subhastationsverfahrens beziehen; doch kann ein bei der Subhastation selbst, nicht weiter als durch seine Ansprüche an den Immobilien betheiligter Dritter niemals befugt sein, gegen die Gültigkeit des Verfahrens Einspruch zu erheben.

V. Hinsichtlich der Einreden und Einsprüche gilt das Princip der Specialität, d. h.: es sind nur solche Einsprüche zu berücksichtigen, welche genau artikulirte Thatsachen enthalten, aus denen die behauptete Unzulässigkeit oder Ungültigkeit des Verfahrens sich ergeben muß. Die Subh.=Ord. sagt dies zwar nirgends ausdrücklich; aber es folgt sowohl aus den strengen Vorschriften über den Verlust der nicht bei Eröffnung des Termins zu Protokoll gegebenen Einsprüche, als auch aus dem §. 27 Subh.=Ord. in fine, der bei entgegengesetzter Annahme gänzlich unausführbar sein würde. Daher verdient der allgemein gehaltene Einspruch, es seien Nichtigkeiten in der Procedur vorgekommen gar keine Berücksichtigung, (Ferien=Senat 29. Sept. 1832. Arch. 18. 1. 112. — II. Senat 23. Febr. 1838. Arch. 27. 1. 3); vielmehr erfährt das Princip der Specialität sogar eine so weite Ausdehnung, daß Jemand, der im Licitationstermin nur in einer bestimmten Eigenschaft opponirt hat, und dem das Recht hierzu aberkannt wird, Berücksichtigung seiner Opposition nicht deßwegen verlangen kann, weil er zur Einlegung derselben in einer andern Eigenschaft berechtigt war. (I. Senat 27. Febr. 1839. Arch. 29. 1. 185.) Gewiß wird auch die Bezugnahme auf irgend einen Paragraphen der Subh.=Ord., dessen Verletzung behauptet wird, nicht genügen, und wenn also z. B. aus der ungenügenden Bezeichnung der subhastirten Realitäten ein Einwand hergeleitet werden soll, so darf die Opposition nicht bloß in allgemeinen Ausdrücken auf die Verletzung des §. 12 N°. 2 und §. 4 N°. 2 gestützt werden, sondern es muß genau angegeben werden, welche unrichtige Bezeichnungen, (beispielsweise welche unrichtige Grenznachbarn) das Subhastationspatent enthalte.

VI. Wenn auch der §. 19 vorschreibt, daß alle Einreden gegen das Verfahren bis zum Licitatonstermin, in diesem Termin vorgebracht werden müssen, so ist doch eine vorherige Opposition zulässig und durch besondere Klage an das Landgericht zu bringen; hiernach können der Subhastat oder dessen Gläubiger gegen den Extrahenten auf Vernichtung des Zahlungsbefehls, der Beschlagnahme oder des Subhastationspatentes schon vor dem Licitationstermin klagen, (II. Senat 9. März 1827. Arch. 10. 1. 219. —

I. Senat 4. Juni 1828. Arch. 12. 1. 125. — II. Senat 6. März 1834. Arch. 20. 1. 53. — III. Senat 18. April 1849. Arch. 44. 1. 23.) — Ist der Subhastat ein Drittbesitzer, so steht ihm dasselbe Recht hinsichtlich der an ihn gerichteten Aufforderung zu räumen oder zu bezahlen, der Beschlagnahme und des Subhastationspatentes zu, während der bloß persönlich verpflichtete ursprüngliche Schuldner höchstens gegen den Zahlungsbefehl, nicht aber gegen die weitern Subhastationsschritte opponiren kann. (II. Senat 17. Mai 1833. Arch. 18. 1. 184.) Der Dritte, welcher Eigenthum an den zu licitirenden Grundstücken zu haben behauptet, kann zwar nicht gegen den Zahlungsbefehl opponiren, weil offenbar erst die Beschlagnahmeverfügung in sein Eigenthum eingreift; wohl aber kann er nach derselben gegen den Extrahenten und Schuldner auf Anerkennung seines Eigenthums und demzufolge auf Vernichtung der Beschlagnahmeverfügung oder des Subhastationspatentes klagen.

VII. Auch die vor dem Versteigerungstermin eingelegten Oppositionen sind als Incidentpunkte im Subhastationsverfahren zu betrachten. Hieraus folgt:

1) Sie gehören vor dasjenige Landgericht, in dessen Bezirk die zu subhastirenden Immobilien liegen.

2) Das Landgericht, als das eigentliche Gericht der Subhastation, ist über die Einsprüche auch dann zu erkennen kompetent, wenn der in dem Zahlungsbefehl geforderte Betrag die Kompetenz des Friedensrichters an sich nicht übersteigt (II. Senat 28. Dez. 1848. Arch. 44. 1. 18.).

3) Dem mit der Subhastation befaßten Friedensrichter muß die Opposition zu Protokoll angezeigt werden (§. 19. 20. Subh.=Ord.).

Für den Fall der Eigenthumsopposition von Seiten eines Dritten wurde dies mehrmals erkannt (cf. I. Senat 1. Mai 1838. Arch. 27. 1. 145. und L. G. Trier 7. April 1834. Arch. 22. 1. 34); die dort adoptirte Ansicht muß aber ebensogut dann gelten, wenn es sich von einem, von dem Subhastaten oder einem Gläubiger desselben, erhobenen Einspruch handelt, da der §. 19 ebenfalls, wie der §. 20, vorschreibt, daß die Einsprüche dem Friedensrichter zu Protokoll gegeben werden sollen.

4) Die Berufung gegen das auf den Einspruch ergehende Urtheil des Landgerichts muß in 14 Tagen vom Tage der an die Partei gemachten Insinuation des Urtheils eingelegt werden, weil der §. 31 Subh.=Ord. auf alle Incidentpunkte im Verfahren anwendbar ist, (III. Senat 18. April 1849. Arch. 44. 1. 23.)

5) Weil die Einsprüche vor dem Licitationstermin Incidentpunkte des Subhastationsverfahrens sind, so hemmen sie auch ebensowenig, wie alle andern Incidentpunkte den Fortgang des Verfahrens und der Extrahent kann z. B., trotz einer Opposition gegen die Beschlagnahme, das Subhastationspatent extrahiren, (I. Senat 4. Juni 1828. Arch. 12. 1. 125.)

VIII. Bestritten ist die Frage, ob der bereits anhängig gemachte Einspruch im Licitationstermin wiederholt werden müsse. Verneinend entschieden: III. Senat 31. Juli 1850. Arch. 45. 1. 162. und in einer beiläufigen Erwägung auch II. Senat 6. März 1834. Arch. 20. 1. 53. Bejahend dagegen: II. Senat 9. Dezbr. 1841. Arch. 32. 1. 84 und I. Senat 27. Febr. 1850. Arch. 45. 1. 163. Gewiß verdient aber die bejahende Meinung den Vorzug, da der §. 19 ausdrücklich sagt, daß die Einreden bei Verlust derselben im Termin zu Protokoll zu geben sind; der Paragraph unterscheidet nicht; ja er setzt nicht einmal ein „spätestens" hinzu und nichts berechtigt zu der Annahme, daß er bloß einen Präklusivtermin habe einführen und nicht die Erklärung der Einsprüche zu Protokoll unter allen Umständen vorschreiben wollen; der Gesetzgeber legt im Gegentheil Gewicht darauf, daß die Einsprüche gerade im Licitationstermin geltend gemacht werden, damit nicht nur der Extrahent, sondern auch derjenige Gläubiger, welcher zufolge §. 7 u. 17 Subh.-Ord. in seine Stelle treten kann, Gelegenheit habe, entweder, des Einspruchs ungeachtet, auf der Licitation zu bestehen oder in deren Aufhebung zu willigen. Handelt es sich daher von der Opposition des Subhastaten oder einer andern Person, die überhaupt durch den §. 19 verpflichtet wird, ihre Einreden im Licitationstermin vorzubringen, so kann es nicht dem leisesten Zweifel unterliegen, daß der bereits anhängig gemachte Einspruch im Termin bei Strafe der Präklusion wiederholt werden muß. Im Falle einer Eigenthumsopposition eines Dritten dagegen könnte die Sache allerdings zweifelhafter erscheinen, denn der Dritte verliert überhaupt seine Eigenthumsansprüche nicht, wenn er es unterläßt, im Versteigerungstermin sie geltend zu machen und auf ihn ist die Präklusion des §. 19 Subh.-Ord. im Allgemeinen nicht anwendbar. Daß indessen der Dritte, welcher Eigenthümer eines subhastirten Grundstücks zu sein behauptet, seine Ansprüche nicht bei Verlust derselben im Termin zu Protokoll zu geben braucht, beruht nicht etwa auf einer besondern Vorschrift des Gesetzes, sondern lediglich auf dem Umstande, daß er von dem Subhastationsverfahren officiell gar nicht in Kenntniß gesetzt worden ist und da der §. 19 ganz allgemein von allen Einreden spricht, so muß die durch diesen Paragraph angedrohte Präklusion auch für den Eigenthumsopponenten sofort wieder eintreten, sobald es officiell konstirt, daß er von dem, gegen das von ihm beanspruchte Grundstück, gerichteten Verfahren Kenntniß hatte. Auf diesem Princip beruhte es, wenn oben sub III. übereinstimmend mit I. Senat 27. Juni 1836. Arch. 23. 1. 172 gesagt wurde, daß der Eigenthumsopponent dann jedenfalls seine Ansprüche bei Strafe des Verlustes derselben im Licitationstermin anzumelden habe, wenn er als Mitsubhastat figurire; und es würde ebenfalls nur eine Konsequenz des angegebenen Princips sein, dasselbe auf denjenigen Eigenthumsopponenten anzuwenden, der schon auf Aufhebung der Beschlagnahmeverfügung oder des Subhastationspatents geklagt hat; hierzu

kommt, daß der Dritte, welcher schon vor dem Verkauf seine Ansprüche geltend machen und sich dem Verkauf widersetzen will, nach §. 20 Subh.-Ord. spätestens im Licitationstermin hiervon die Anzeige dem Friedensrichter zu Protokoll geben muß, worauf dann der desfallsige Passus im Licitationsprotokoll sämmtlichen Interessenten vorgelegt werden soll; der Fall, sich dem Verkauf widersetzen zu wollen, liegt aber klar vor, wenn der Dritte gegen den Beschlag oder das Subhastationspatent Einspruch eingelegt hat und so kann es nicht zweifelhaft sein, daß er sich in diesem Falle nach §. 20 Subh.-Ord. zu richten hat, (I. Senat 7. April 1835. Arch. 22. 1. 33. — Arch. 45. 1. 164.)

Hiernach muß jeder schon vor dem Licitationstermin rechtsanhängig gemachte Einspruch, einerlei ob er von dem Subhastaten, von einem Hypothekargläubiger oder auch von dritten Eigenthumsopponenten ausgeht, unter allen Umständen in dem Verkaufstermin wiederholt werden.

IX. Willigt der Extrahent auf Einsprüche, die im Verkaufstermin erhoben werden, in die Aufhebung der Licitation, so liegt hierin kein Verzicht auf die Beschlagnahme, sondern bloß eine Einwilligung in die *einstweilige* Aussetzung der Licitation, um inzwischen die vorgebrachte Opposition zur Entscheidung des kompetenten Richters zu bringen. Der Extrahent kann also in diesem Falle auf Aufhebung des gemachten Einspruchs bei demjenigen Landgericht klagen, in dessen Sprengel die mit Subhastation bedrohten Immobilien liegen; diese Klage bedarf nicht des vorhergehenden Sühneversuchs. Ist der Einspruch von einem Eigenthumsopponenten ausgegangen, so enthält die Klage auf Aufhebung des Einspruchs keine unstatthafte provocatio ad agendum; sie kann sogar gegen den Opponenten allein angestellt werden, ohne den Subhastaten mit in den Proceß zu ziehen. (cf. I. Senat 29. April 1829. Arch. 13. 1. 198. — II. Senat 29. Januar 1835. Arch. 21. 1. 186.)

## §. 20.

Wenn ein Dritter, welcher auf die in Beschlag genommenen Immobilien Ansprüche zu haben glaubt, schon vor dem Verkauf derselben sie geltend machen und sich dem Verkaufe widersetzen will, so muß er spätestens bei Eröffnung des Licitationstermins dem mit der Subhastation beauftragten Friedensrichter oder Deputirten davon die Anzeige zu Protokoll machen und die in Händen habenden zum Beweise dienenden Urkunden demselben übergeben. Das Protokoll wird alsdann nebst den Beweisstücken beim Anfange des Licitationstermins den Interessenten vorgelegt und dieses in dem über die Licitation zu führenden Protokolle bemerkt. Hinsichtlich der Licitation selbst, treten alsdann die

nämlichen Bestimmungen ein, welche in dem §. 19 in Bezug auf die, gegen die Gültigkeit des Verfahrens angebrachten Einreden, enthalten sind.

I. Der Dritte, welcher Eigenthums= oder sonstige Ansprüche auf die subhastirten Grundstücke hat, braucht seine Rechte nicht in dem Subhastationsverfahren geltend zu machen; es sei denn, daß er als Mitsubhastat oder auf irgend eine andere Weise in das Verfahren hineingezogen worden ist, und so officielle Kenntniß von demselben erhalten hat, in welchem Falle er allerdings seine Ansprüche, bei Strafe des Verlustes im Licitationstermin erheben muß (cf. supra §. 19. III. VIII. I. Senat 27. Juni 1836. Arch. 23. 1. 172). In allen andern Fällen aber braucht sich der dritte Eigenthums= oder Nießbrauchsprätendent nicht auf das Verfahren einzulassen; dasselbe kann ihm vielmehr nicht schaden, weil der Verkauf einer fremden Sache nichtig ist und weil §. 35. Subh.=Ord. übereinstimmend mit Art. 731 B. P. O. ausdrücklich bestimmt, daß der Zuschlag nicht mehr Rechte auf den Ansteigerer übertrage, als der Schuldner selbst an den subhastirten Immobilien hatte. Hat daher der Eigenthümer des gegen einen andern (als Schuldner) subhastirten Grundstücks sich um die Subhastation auch nicht bekümmert, so bleibt er doch nach wie vor Eigenthümer und kann gegen den Ansteigerer oder gegen den spätern Besitzer, wer es auch sein mag, die Vindikationsklage anstellen; er kann aber auch, wenn er im Besitz ist, die gegen ihn zu richtende Klage abwarten und seine Rechte ebenso wahren, als wenn gar keine Subhastation vorgekommen wäre. (Dalloz XXIV. p. 365. Paris, 9. März 1811. Sirey XV. 2. 167. — Toulouse, 11. Aug. 1823. Sirey XXIV. 2. 38. — Persil fils comm. I. N°. 337.); hierbei hat er es bloß und allein mit dem Ansteigerer oder dem Successor desselben zu thun, ohne daß er nöthig hätte, zugleich gegen den Extrahenten oder Subhastaten zu procediren, denn, weil seine Rechte durch das Subhastationsverfahren nicht tangirt worden sind, gehen ihn auch die übrigen in demselben konkurrirenden Personen nicht an.

Außerdem ist aber auch der Dritte, welcher an den subhastirten Immobilien Ansprüche geltend zu machen hat, befugt, selbst nach dem Licitationstermin und nach Ablauf der 14tägigen Frist des §. 30. Subh.=Ord. auf Vernichtung des Subhastationsverfahrens und des Zwangsverkaufs zu klagen, wobei es einerlei ist, ob er sich im Besitz der von ihm beanspruchten Immobilien befindet oder nicht, (III. Senat 27. April 1838. Arch. 27. 1. 75); wählt er jedoch diesen Weg, so muß er, bei Strafe der Unstatthaftigkeit seiner Klage, alle im §. 30. Subh.=Ord. bezeichneten Personen, also den Extrahenten, den Schuldner und den Ansteigerer vor das Landgericht laden lassen (III. Senat 19. Mai 1847. Arch. 42. 1. 46). Zwar wird es oft schwierig sein, die reine Eigenthumsklage eines Dritten von der Klage

auf Vernichtung des Subhastationsverfahrens zu unterscheiden; wollte man indessen auch für erstere eine Ladung des Extrahenten und Schuldners verlangen, so würde man dem Subhastationsverfahren gegen einen Nichteigenthümer, die Bedeutung beilegen, daß der wahre Eigenthümer sich auf dasselbe nothwendig einlassen müßte, um seine Rechte zu wahren; eine solche Annahme würde aber offenbar dem §. 35 Subh.=Ord. widerstreben und ist übrigens auch dem zuletzt citirten Urtheil fremd, denn dasselbe bezieht sich auf einen Fall, wo ein Miteigenthümer, ohne den Subhastaten in den Proceß zu ziehen, gegen Ansteigerer und Extrahenten, die zufällig in einer Person zusammen fielen, Vernichtung des Zuschlages verlangte, weil der Zwangsverkauf des in ungetheilter Gemeinschaft befindlichen Grundstücks zufolge Art. 2205 B. G. B. unzulässig gewesen sei. Hier handelte es sich also nicht nur den Worten, sondern auch dem Inhalte des Klagepetitum's nach, von einer gegen die Rechtsbeständigkeit des Subhastationsverfahrens gerichteten Klage und keineswegs von einer bloßen Vindikation, und, wenn das citirte Urtheil auf Unstatthaftigkeit der Klage erkannte, weil der Subhastat nicht mit vorgeladen war, so kann man dieser Entscheidung vollkommen beistimmen, ohne deswegen von dem Satze abzugehen, daß der Eigenthümer eines gegen einen andern subhastirten Grundstücks gegen den Ansteigerer oder späteren Besitzer allein, und ohne den Extrahenten oder Schuldner mit vorzuladen, die Vindikationsklage anzustellen befugt ist; nur wird er allerdings in einem solchen Falle mit besonderer Aufmerksamkeit darauf zu sehen haben, daß die reine Form der Eigenthumsklage gewählt werde und daß in das petitum der Ladung kein Wort komme, welches auf eine beabsichtigte Anfechtung des Subhastationsverfahrens auch nur hindeutet.

II. Will der dritte Eigenthumsopponent im Licitationstermin Einspruch erheben, so muß er es entweder persönlich, oder durch einen Bevollmächtigten thun; ein Anwalt ist jedoch ohne besondere Vollmacht nicht befugt, für ihn den Einspruch zu erheben, weil das Ministerium der Anwälte im Subhastationsverfahren selbst nicht mehr Statt findet. Hat daher ein Anwalt ohne specielle Vollmacht Namens eines Eigenthumsopponenten bei Eröffnung des Licitationstermin den Einspruch eingelegt, so ist die von dem Letzteren in Gemäßheit des §. 30 Subh.=Ord. gegen den Extrahenten, Ansteigerer und Schuldner angestellte Klage, welche als Wiederholung des im Licitationstermin erhobenen Einspruchs qualificirt wird, unannehmbar und diese Unannehmbarkeit müßte selbst dann angenommen werden, wenn der Opponent die Schritte des für ihn auftretenden Anwalts im spätern Verlauf des Licitationstermins ratihabirt hätte, weil der Einspruch gültiger Weise nur bei Eröffnung des Licitationstermins eingelegt werden kann. Wird jedoch in einem solchen Falle die als Wiederholung des Einspruchs qualificirte Klage, als unannehmbar abgewiesen, so präjudicirt dies den

Ansprüchen des Klägers selbst nicht; diese Ansprüche können vielmehr immer noch durch die sub I. angegebenen Mittel geltend gemacht werden. (cf. II. Senat 18. Aug. 1836. Arch. 24. 1. 97.)

III. Da der §. 20. nicht förmlich bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, so begründet es keine Nichtigkeit des Einspruchs, wenn bei der Erhebung desselben die Justifikationstitel dem Friedensrichter nicht überreicht worden sind (II. Senat 5. Febr. 1829. Arch. 15. 1. 30.); es braucht bloß dem Friedensrichter zu Protokoll gegeben werden, daß z.B. das Eigenthum an den und den Grundstücken beansprucht werde und da der Eigenthumstitel nicht bei Strafe der Nichtigkeit im Licitationstermin überreicht und angegeben zu werden braucht, ist es auch keine unstatthafte Aenderung des Klagefundaments, wenn in dem über den Einspruch geführten Proceß in zweiter Instanz andere Thatsachen zum Beweise des Eigenthums artikulirt werden, als in erster Instanz (I. Senat 12. Juni 1832. Arch. 18. 1. 45.).

Dagegen ist der Friedensrichter gewiß befugt und verpflichtet, die Aufnahme eines im Licitationstermin vorgebrachten Anspruchs auf die subhastirten Grundstücke, in's Protokoll zu verweigern, wenn ihm nicht die Justifikationstitel zugleich mit überreicht werden; denn wollte man das Gegentheil annehmen, so würde die bezügliche Bestimmung des §. 20., welche doch im Interesse der bei dem Subhastationsverfahren konkurrirenden Personen gegeben ist, eine durchaus müßige und bedeutungslose sein.

## §. 21.

Wenn bei Eröffnung des Licitationstermins keine Einreden oder Ansprüche (§§. 19. 20.) vorgebracht werden, oder wenn, derselben ungeachtet, auf die Fortsetzung des Verfahrens bestanden wird, so wird zur Vorlesung der Bedingungen und demnächst auf den Grund des von dem Gläubiger gemachten ersten Gebots zur Licitation geschritten und dabei zugleich der wahrscheinliche, dem Meistbietenden zur Last fallende Kostenbetrag angegeben.

I. Bereits oben zum §. 17. Subh.=Ord. ist bemerkt worden, daß der nach Zustellung des Subhastationspatentes erfolgte Tod des Schuldners die Vornahme der Versteigerung nicht hindern kann, daß also die zur Erbschaft berufenen Verwandten des Subhastaten den Aufschub des Verkaufs zu verlangen nicht berechtigt sind, weil sie sich etwa noch in der Inventarisations- und Deliberationsfrist befinden (II. Senat 8. Jan. 1829. Arch. 12. 1. 264).

II. Was die Angabe des wahrscheinlichen Kostenbetrages betrifft, so hängt diese Angabe nicht von dem beliebigen Ermessen des Extrahenten ab, sondern der Friedensrichter hat die speciell aufzustellende Kostenrechnung

des Extrahenten zu prüfen und nöthigenfalls zu berichtigen; auch muß die von dem Friedensrichter festzusetzende Taxe der von dem Käufer zu ersetzenden Kosten, dem Licitationsprotokoll beigeheftet werden. (Publikandum des Generalprokurators vom 18. Febr. 1827 bei Lottner III. S. 98.)

## §. 22.

Dem Deputirten des Landgerichts oder dem Friedensrichter, dem bei der Licitation zugezogenen Gerichtsschreiber und dem Gerichtsboten, dessen man sich in den Terminen zum Ausrufe der Gebote bedient, ist bei Vermeidung der in den Gesetzen ausgesprochenen Disciplinar-Maßregeln, verboten, bei der Licitation mitzubieten. Der Zuschlag, welcher ihnen unmittelbar oder mittelbar in der Person eines Dritten ertheilt wird, ist nichtig.

Unbekannte, Nichtangesessene oder notorisch Zahlungsunfähige werden zum Mitbieten nur zugelassen, wenn sie sich durch Stellung eines als Selbstschuldner haftenden zahlungsfähigen Bürgen oder als Mandatar einer zahlungsfähigen Person durch Vorlegung einer Vollmacht dazu qualificiren. Die vorgelegte Vollmacht wird zu den Akten genommen.

I. Hat eine der im ersten alinea des Paragraphen angeführten Personen angesteigert, so begründet dies zwar eine Nichtigkeit und für den Adjudikatar eventuell die Verbindlichkeit zum Schadenersatz; dennoch tritt die Nichtigkeit nicht ipso jure ein, sondern muß im Wege der Klage gegen den Ansteigerer geltend gemacht werden. (Art. 713 B. P. O. Dalloz XXIV. p. 256. N°. 2. Thomine Dem. N°. 806. — Persil fils comm. N°. 274. — Pigeau II. N°. 141.) Diese Klage ist offenbar ein Einspruch gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens beim Zuschlag, und daher spätestens innerhalb 14 Tagen nach dem Zuschlage gegen die im §. 29 Subh.-Ord. benannten Personen anzustellen; zur Anstellung der Klage sind nur diejenigen Personen berechtigt, welche überhaupt die Befugniß haben, gegen das Verfahren vor oder im Licitationstermin zu opponiren.

Ob anzunehmen, daß der Zuschlag den in alinea 1 benannten Personen in der Person eines Dritten ertheilt sei, hängt von dem Ermessen des Richteramts ab; die Art. 911 und 1100 B. G. B., welche in Bezug auf Schenkungen und Vermächtnisse gewisse Verwandte eines incapax als Mittelspersonen erklären, sind nicht anwendbar; alles kommt vielmehr auf die faktischen Verhältnisse an und unter Umständen kann z. B. der an den Vater des Friedensrichters erfolgte Zuschlag aufrecht erhalten werden.

II. Ob ein Bieter als unbekannt, nicht angesessen oder notorisch zahlungsunfähig zum Bieten zugelassen werden dürfe, ist zunächst in das Ermessen des Friedensrichters oder Deputirten gestellt; jedoch kann gewiß unter Beobachtung der Formen des §. 29 Subh.-Ord. die Vernichtung des Zuschlages verlangt werden, wenn er dennoch einer in diese Kategorieen gehörenden Person ertheilt wurde; auf der andern Seite dagegen unterliegt die Licitation ebenfalls der Vernichtung, wenn zum Bieten berechtigte Personen, unter der irrigen Annahme, daß sie unbekannt, nicht angesessen oder insolvent seien, durch den Friedensrichter zum Mitbieten nicht zugelassen worden sein möchten. Für unbekannt ist ein Bieter zu halten, wenn der Extrahent erklärt, ihn nicht zu kennen (II. Senat 14. Juli 1831. Arch. 15. 1. 201); notorische Zahlungsunfähigkeit ist eine solche, welche allgemein bekannt ist; bei Falliten und solchen, die ihr Vermögen den Gläubigern abgetreten haben, geht die Insolvenz schon aus den Thatsachen des Falliments oder der Vermögensabtretung hervor; in allen übrigen Fällen muß derjenige, welcher die notorische Zahlungsunfähigkeit des Ansteigerers behauptet, dieselbe beweisen; wann jedoch der Beweis als geliefert zu betrachten sei, hängt von den Umständen ab. (Bordeaux 21. Febr. 1829. Sirey XXIX. 2. 254.). Als eine Besonderheit ist noch anzuführen, daß bei dem Extrahenten Zahlungsunfähigkeit nicht in Betracht kommt, denn der §. 4 N°. 6. Subh.-Ord. qualificirt ihn zum Bieten, weil er sogar verpflichtet ist, unter allen Umständen ein erstes Gebot zu thun; wenn daher der Extrahent als zahlungsunfähig vom Bieten ausgeschlossen wird, so kann die Vernichtung des Zuschlages auf dem durch den §. 29 Subh.-Ord. vorgezeichneten Wege verlangt werden. (II. Senat 23. Febr. 1839. Arch. 27. 1. 3.)

Der Art. 713 B. P. O. schloß den Subhastaten ausdrücklich vom Bieten aus; der §. 22 Subh.-Ord. wiederholt diese Ausschließung nicht; nichts desto weniger muß angenommen werden, daß derjenige Subhastat, welcher zugleich persönlicher Schuldner ist, schon durch Nichtzahlung der Forderung des Extrahenten sich als zahlungsunfähig hingestellt habe und deßwegen nicht Ansteigerer werden dürfe; ist der Subhastat dagegen ein Drittbesitzer, welcher nicht persönlich haftet, so möchte er nicht vom Mitbieten ausgeschlossen werden dürfen.

III. Daß man durch einen Bevollmächtigten Ansteigerer werden könne, geht aus dem §. 22 Subh.-Ord. hervor; damit jedoch in einem solchen Falle der meistbietende Mandatar nicht selbst als Adjudikatar hafte, muß er seine Vollmacht gleich bei dem Bieten vorlegen; wenn er sich erst nach dem Zuschlag als Bevollmächtigter zu erkennen gäbe, so würde ihn das nicht befreien. (II. Senat 11. Nov. 1830. Arch. 15. 1. 35.)

Die Vollmacht muß speciell auf das Bieten gerichtet sein und wenn sie selbst dahin lautet: „Subhastationen zu provociren, die Bedingungen

„festzusetzen, alle vom Gesetz und der Subh.-Ord. vorgeschriebenen Formalitäten zu beobachten, überhaupt alles zu thun, was die Natur der Sache „und das Interesse des Mandanten erfordern, möge es durch die Vollmacht „vorgesehen sein oder nicht", so berechtigt sie doch nicht den Mandatar, in dem von einem andern Gläubiger gegen den Schuldner des Mandanten provocirten Subhastationsverfahren, für den letztern mit zu bieten, woraus folgt, daß die Nichtzulassung eines solchen Mandatars zum Bieten keine Nichtigkeit der Licitation begründet. (Cass. 24. Jan. 1842. Arch. 32. 2. 35.)

IV. Ob der Art. 1596 B. G. B., nach welchem gewisse Personen die Güter anderer Personen, mit denen sie in einem bestimmten Verhältniß stehen, z. B. Vormünder die Güter ihrer Mündel nicht ansteigern dürfen, auch auf Zwangsverkäufe anwendbar sei, ist eine sehr bestrittene Frage; indessen möchte die verneinende Meinung den Vorzug verdienen, weil der Art. 1596 B. G. B. unter einem Titel steht, der sich auf freiwillige Verkäufe bezieht, weil die ratio des Artikels auf Zwangsverkäufe nicht paßt, weil ferner eine Vergleichung namentlich des Art. 1597 B. G. B. mit §. 22 alinea 1 Subh.-Ord. zu der Annahme drängt, daß der §. 22 Subh.-Ord., wie auch der Art. 713 B. P. O., die Bestimmungen des B. G. B. über Ansteigerungsverbote habe modificiren wollen und weil endlich auch nach Römischem Recht das für den Vormund bestehende Verbot, die Sachen des Pupillen zu kaufen, dann wegfiel, wenn es sich von einem öffentlichen Zwangsverkaufe handelte. (l. 5. cod. VIII. 38. — Sirey X. 2. 565. XV. 2. 147. XIII. 1. 445. XVII. 1. 208. 267. — Thomine Dem. N°. 805. — Persil fils comm. N°. 267. — contra: Dalloz XXIV. p. 256. — Carré pr. Qu. 2392. — Pailliet ad Art. 1596.)

* §. 23.

Die Versteigerung geschieht bei brennenden Kerzen, in der Art, daß der Zuschlag erfolgt, sobald bei einem Gebote drei Kerzen, deren jede wenigstens eine Minute brennt, erloschen sind, ohne daß ein Mehrgebot erfolgt ist.

Der Art. 707. B. P. O. enthielt die Bestimmung, daß der Bieter von jeder Verbindlichkeit frei sein solle, sobald ein Uebergebot geschehe, sollte dieses selbst für ungültig erklärt werden; diese Bestimmung ist durch die Subh.-Ord. nicht mit aufgenommen; nichts destoweniger muß sie noch fortwährend gelten, da der §. 23 Subh.-Ord. nur dann gestattet, einem Bieter den Zuschlag zu ertheilen, wenn kein Uebergebot erfolgt, und da das Bieten der Natur der Sache nach nur die Bedeutung haben kann, daß der Bieter sich verbindlich macht, den gebotenen Kaufpreis zu zahlen, wenn sofort der Zuschlag an ihn geschieht; um so mehr muß der Bieter durch je-

des Uebergebot befreit werden, da das Licitationsprotokoll nach §. 26 N°. 4 zwar wohl das Erstgebot und Meistgebot, nicht aber die Zwischengebote zu konstatiren braucht und da der vorletzte Bieter auch nicht berechtigt ist, den Zuschlag in dem Falle für sich zu verlangen, wenn der dem Letztbietenden ertheilte Zuschlag aus irgend einem Grunde nicht bestehen bleiben kann. (I. Senat 6. Juli 1829. Arch. 13. 1. 203.)

Steht in den Kaufbedingungen, daß der Ansteigerer verpflichtet sei, wenn es verlangt werde, gleich bei dem Zuschlage einen zahlungsfähigen Bürgen zu stellen, so muß der Extrahent das ihm zustehende Recht, einen Bürgen zu verlangen, gleich nach Erlöschung der Kerzen und vor dem Zuschlage ausüben. (I. Senat 4. Aug. 1834. Arch. 20. 1. 293.)

## §. 24.

Wird das von dem extrahirenden Gläubiger gemachte erste Gebot nicht überboten, so wird diesem oder im Falle der §§. 17. 19. 20. dem, in die Stelle des ersten Extrahenten getretenen Gläubiger der Zuschlag ertheilt.

Ein Nachgebot ist niemals zulässig.

Hierdurch ist der Art. 710 B. P. O. formell aufgehoben.

## §. 25.

Wer für sich selbst als Meistbietender den Zuschlag erhält, kann in den ersten drei Tagen nach dem Zuschlage, den Namen eines Dritten, für welchen er gekauft hat, bei dem Friedensrichter oder Deputirten zu Protokoll erklären, er bleibt aber dessenungeachtet persönlich und solidarisch mit diesem Dritten für die Erfüllung aller Bedingungen verantwortlich.

Der Meistbietende muß, wenn er nicht in dem Bezirke des Friedensrichters, wo die Licitation statt hatte, wohnhaft ist, sogleich nach dem Zuschlage einen Wohnort in diesem Bezirke wählen. Wenn das Verfahren vor einem Deputirten des Landgerichts statt hatte, so muß er in dem Hauptorte, wo dieses Gericht seinen Sitz hat, einen solchen Wohnort wählen, wenn er auch in dem Bezirke dieses Gerichtes wohnen sollte. Thut er es nicht, so können alle, auf das Licitationsgeschäft Bezug habende Zustellungen ihm auf der Kanzellei des Landgerichts gemacht werden.

Hat Jemand als Bevollmächtigter einer andern Person angesteigert, so haftet er nur dann nicht mehr für die Zahlung des Kaufpreises, wenn er vor dem Zuschlag sich als Bevollmächtigten zu erkennen gegeben und seine Vollmacht vorgelegt hat. Wenn er aber erst nach dem Zuschlag, obgleich unmittelbar darauf die Vollmacht vorlegt, so wird er als Ansteigerer in eigenem Namen betrachtet und auf ihn ist dann der §. 25 Subh.-Ord. alinea 1 anwendbar.

Wenn auch der Ansteigerer in 3 Tagen nach dem Zuschlag dem Friedensrichter den Namen desjenigen zu Protokoll geben kann, für welchen er gekauft hat, so sind doch die übrigen Interessenten des Subhastationsverfahrens berechtigt, so zu verfahren, als wenn der Ansteigerer im Termin der einzige wäre und namentlich genügt derjenige, welcher im Licitationstermin Eigenthumsansprüche angemeldet hat, dem §. 30 Subh.-Ord. vollkommen, wenn er den ersten Ansteigerer hinsichtlich seiner Opposition vor das Landgericht laden läßt, ohne gleichzeitig denjenigen, welcher gemäß §. 25 alinea 1 als der eigentliche Ansteigerer angegeben wurde, laden zu lassen. (II. Senat 11. Febr. 1836 Arch. 23. 1. 83.)

Gegen den ersten Ansteigerer kann auch im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises unbedenklich das Resubhastationsverfahren gerichtet werden; ist aber auch nur von einem Gläubiger der Wiederverkauf (Resubhastation) gegen denjenigen allein betrieben worden, der als der eigentliche Ansteigerer gemäß §. 25 alinea 1 angegeben war, so kann keiner der Gläubiger den ersten Ansteigerer für das Mindereregebniß der gegen ihn nicht mit bewirkten Wiederversteigerung verantwortlich machen. (II. Senat 11. Nov. 1830. Arch. 15. 1. 35.)

## §. 26.

Das von dem Friedensrichter über die Licitation aufzunehmende Protokoll muß enthalten:

I. Die Namen, Gewerbe und Wohnort des die Subhastation betreibenden Gläubigers und des Schuldners, die Angabe des Titels, in dessen Gemäßheit die Subhastation statt hat, der Zahlungs-Aufforderung und der Beschlagnahme, das Datum des Subhastations-Patents und der verschiedenen Bekanntmachungen desselben und Erwähnung, daß sämmtliche Verhandlungen bei Eröffnung des Termins zur Einsicht der Interessenten offen gelegt worden sind.

II. Die gegen die Gültigkeit des bis zum Tage der Licitation statt gehabten Verfahrens vorgebrachten Einreden, die auf die

veräußerten Güter angebrachten Ansprüche und jeden andern zu Protokoll gegebenen Einspruch, so wie die hierauf erfolgten Erklärungen und Anträge.

III. Die Kaufbedingungen und Erwähnung, daß solche bei dem Anfange der Licitation vorgelesen worden sind.

IV. Die genaue Bezeichnung der Immobilien, das erste vom Gläubiger gemachte Gebot, so wie das Meistgebot, Benennung des Meistbietenden, Ertheilung des Zuschlags und Erwähnung, daß bei demselben die vorgeschriebene Form (§. 23.) beobachtet worden.

V. Den vom Meistbietenden gewählten Wohnort und seine etwa sogleich gemachte Erklärung, daß er für einen Andern geboten hat.

Wird diese Erklärung eines andern Ankäufers nach dem Licitationstermine abgegeben (§. 25.), so wird das darüber abzuhaltende Protokoll in der Art aufgenommen, daß es als eine Fortsetzung des über den Licitationstermin abgehaltenen Protokolls angesehen wird.

## §. 27.

Sind in Gefolge des §. 19 gegen die Zulässigkeit oder Regelmäßigkeit des bis zum Licitationstermine stattgehabten Verfahrens Einreden vorgebracht worden, so verweiset der Friedensrichter oder Deputirte am Schlusse des Protokolls die Partheien an das Landgericht und bestimmt ihnen einen der Sitzungstage, welche das Landgericht einmal für allemal zur Erledigung solcher Gegenstände festzusetzen hat. Diese Bestimmung des Tages dient als förmliche Ladung für alle Partheien. Der Friedensrichter oder Deputirte überreicht zugleich die vollständige Verhandlung in Urschrift dem Landgerichte, welches an dem bestimmten Tage, wenn auch die Interessenten nicht erscheinen, auf den Vortrag eines Mitgliedes des Gerichts und nach Anhörung der Staatsbehörde über die zu Protokoll gegebenen Einreden erkennt.

I. Die Frage, welche Einreden der Friedensrichter vor das Landgericht zu verweisen habe, bedarf einer kurzen Erörterung.

Abgesehen von den Einreden gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermine selbst, welche unter den §. 29 Subh.=Ord. fallen, und

hier nicht in Betracht kommen, kennt die Subhastations=Ordnung zweierlei Gattungen von Einsprüchen, nämlich: 1) Einreden gegen die Zulässigkeit oder Gültigkeit des Verfahrens; 2) Ansprüche Dritter auf die in Beschlag genommenen Immobilien. Erstere müssen bei Strafe des Verlustes zufolge §. 19 im Licitationstermin zu Protokoll gegeben werden, letztere brauchen dies nicht; sie können aber zufolge §. 20 im Licitationstermin angemeldet werden. Wenn nun der §. 27 hinsichtlich der zufolge §. 19 Subh.=Ord. vorgebrachten Einreden dem Friedensrichter die Verweisung der Parteien in eine bestimmte Sitzung des Landgerichts zur Pflicht macht, und dagegen der §. 30 bestimmt, daß derjenige, welcher Ansprüche an den Immobilien zufolge §. 20 im Licitationstermin angemeldet habe, bei Verlust derselben eine dem angeführten §. 30 entsprechende Ladung erlassen müsse, so liegt hierin schon das Kriterium für den Friedensrichter, welche Einreden er als gegen die Zulässigkeit oder Gültigkeit des Verfahrens gerichtet, betrachten und vor das Landgericht verweisen müsse. Da nämlich die Subh.=Ord. alle möglichen Einreden nur in die beiden so eben angegebenen Gattungen eintheilt, so sind als Einreden gegen die Gültigkeit oder Zulässigkeit des Verfahrens im Sinne des §. 19 alle diejenigen zu betrachten, welche nicht als Ansprüche Dritter auf die Immobilien erscheinen; da ferner unter Dritten nur solche Personen verstanden werden können, welche nicht zu dem Verfahren zugezogen worden sind, so ergiebt sich hieraus das einfache Princip, nach welchem wegen aller möglichen Einreden der Subhastaten, Mitsubhastaten und Hypothekargläubiger eine Verweisung an das Landgericht eintreten muß; dagegen wegen aller möglichen Ansprüche dritter zu dem Verfahren nicht zugezogener Personen eine Verweisung an das Landgericht nicht erforderlich ist. Es kommt also für den Friedensrichter nicht darauf an, zu untersuchen, ob die angemeldeten Einsprüche den Charakter von Eigenthums=oppositionen tragen oder nicht, was auch nach dem im Licitationstermin vorhandenen Material oft schwer zu entscheiden sein möchte, sondern lediglich darauf, von welcher Person ein angemeldeter Einspruch ausgegangen ist.

II. Hiernach sind vor das Landgericht zu verweisen:

1) alle Einsprüche des Subhastaten, der zugleich persönlicher Schuldner ist;

2) des subhastirten Drittbesitzers, sollte dieser auch mit der Behauptung auftreten, das Eigenthum an den subhastirten Realitäten stehe ihm unbeschränkt zu, weil er bereits vor der Hypothekenbestellung durch den ursprünglichen Schuldner Eigenthümer gewesen sei. (I. Senat 18. Febr. 1829. Arch. 13. 1. 161. — contra: Arch. 21. 1. 188.);

3) die Einreden derjenigen Personen, welche als Mitsubhastaten figuriren, sollte ihr Einspruch auch dahin gehen, daß sie nicht persönliche Schuldner und daher berechtigt seien, ein unbeschränktes Eigenthum an den

subhastirten Realitäten oder an einem Theil derselben in Anspruch zu nehmen (I. Senat 27. Juni 1836. Arch. 23. 1. 172.);

4) die Einsprüche der Hypothekar-Gläubiger, denen das Subhastationspatent zugestellt worden ist, einerlei ob bloß gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens opponirt, oder das Eigenthum oder ein sonstiges Recht an den zum Verkauf gebrachten Grundstücken in Anspruch genommen wird.

Alle diese Personen fallen unter die Präklusion des §. 19 Subh.-Ord. und wenn auch die von ihnen erhobenen Einreden bisweilen als Eigenthumsansprüche erscheinen können, so sind sie doch niemals Ansprüche **Dritter** und in dem Munde der Opponenten, welche sich ja in dem Verfahren befinden, erscheinen sie immer zugleich als Einreden gegen die Zulässigkeit des Verfahrens. In der That würde es, wenn man zwischen den verschiedenen Arten von Einsprüchen der zum Verfahren zugezogenen Personen noch einen processualischen Unterschied machen wollte, oft schwer, ja unmöglich sein, die Einreden gegen die Zulässigkeit des Verfahrens von Ansprüchen an den Immobilien zu unterscheiden. Welche Bedeutung hätte z. B. die Einrede eines subhastirten Drittbesitzers, die dahin geht, daß er vor der Bestellung der Hypothek des Extrahenten bereits Eigenthümer gewesen sei? Durch ein Urtheil vom I. Senat 18. Febr. 1829. Arch. 13. 1. 161. wurde diese Einrede als gegen die Zulässigkeit des Verfahrens gerichtet, dagegen durch ein Urtheil des III. Senat vom 28. Jan. 1835. Arch. 21. 1. 188. als Eigenthumsanspruch aufgefaßt. Welche Bedeutung würde ferner z. B. der Einspruch des mitsubhastirten Drittbesitzers haben, mit welchem dieser behauptet, daß er freies, der Hypothek des Extrahenten nicht unterworfenes Miteigenthum habe, und daß wegen Verletzung des Art. 2205 B. G. B. das Subhastationsverfahren nicht bestehen bleiben könne? Wie würde es ferner zu halten sein, wenn derselbe Opponent z. B. zu gleicher Zeit Unregelmäßigkeiten des Verfahrens rügte und dabei auf einzelne der subhastirten Grundstücke Eigenthumsansprüche anmeldete? Wollte man annehmen, daß nicht alle von den oben sub 1 bis 4 benannten Personen vorzubringenden Einsprüche in Gemäßheit der §§. 19 und 27 zu behandeln seien, so würde der Friedensrichter oft einen Opponenten mit dem einen Theil seines Einspruchs vor das Landgericht verweisen, dagegen hinsichtlich des andern Theils ihm überlassen müssen, das Landgericht durch eine dem §. 30 Subh.-Ord. entsprechende Ladung zu befassen.

Aus dem Obigen sieht man, daß kaum ein Durchkommen durch alle diese Schwierigkeiten ist, wenn man nicht als Princip aufstellt, daß der Friedensrichter die Parteien hinsichtlich aller möglichen Einreden, welche von den sub 1 bis 4 benannten Personen erhoben werden können, vor eine bestimmte Sitzung des Landgerichts zu verweisen habe. Diese Annahme kann um so weniger von der Hand gewiesen werden, da schon oben §. 19 N°. III. ausgeführt wurde, daß alle Einreden dieser Personen unter die

Präklusion des §. 19 fallen, wenn sie nicht im Licitationstermin vorgebracht werden, und da der §. 30 Subh.=Ord. in Verbindung mit §. 20 sich nur auf die Ansprüche Dritter bezieht.

Wenn nun hiernach die Einsprüche der Subhastaten und Hypothekargläubiger vor das Landgericht zu verweisen sind, so gilt dasselbe von den persönlichen Gläubigern derselben, welche etwa auf Grund des Art. 1166 B. G. B. deren Rechte ausüben und den ihrem Schuldner zustehenden Einspruch im Licitationstermin Namens desselben einlegen. Diese Gläubiger sind zwar für ihre Person nicht zu dem Verfahren zugezogen, aber, indem sie die Rechte ihres Schuldners ausüben, sind ihre Einsprüche so zu behandeln, als wenn sie von dem Schuldner selbst ausgingen. (cf. §. 19 N°. III. und II. Senat 21. Dec. 1826. Arch. 10. 1. 82.)

III. Der §. 27 schreibt zwar die Verweisung der Parteien an das Landgericht ganz allein für den Fall vor, daß in Gefolge des §. 19 Subh.=Ord. Einreden gegen die Zulässigkeit oder Gültigkeit des Verfahrens vorgebracht worden sind; indessen ist eine solche Verweisung gewiß nur dann nöthig, wenn der Extrahent oder ein anderer zufolge §. 7 und §. 19 dazu berechtigter Gläubiger auf die Fortsetzung der Licitation bestanden hat, nicht aber dann, wenn in die Aussetzung der Licitation gewilligt worden ist.

IV. Aus dem sub II. gesagten ergiebt sich von selbst, welche Einsprüche nicht vor das Landgericht zu verweisen sind, nämlich alle Ansprüche von dritten zu dem Verfahren nicht hinzugezogenen Personen, auf die in Beschlag genommenen Immobilien, sollten auch die Ansprüche der Form nach als Einreden gegen die Zulässigkeit des Verfahrens sich darstellen. Macht z. B. ein Dritter im Licitationstermin den Einspruch, er habe vor der Beschlagnahme von dem Subhastaten gekauft und, weil er bereits das Purgationsverfahren eingeleitet habe, sei das Subhastationsverfahren unzulässig, so ist dieser Einspruch, obgleich er der Form nach gegen die Zulässigkeit des Verfahrens gerichtet wurde, doch deßwegen, weil er von einem Dritten ausgeht, nach §. 20 verbunden mit §. 30 und nicht nach §. 19 und 27 Subh.=Ord. zu beurtheilen. (Siehe ein kassirendes Erkenntniß, Cass. 5. Sept. 1827. Arch. 11. 2. 10.)

Ob die vom Dritten erhobenen Ansprüche sich gerade auf das Eigenthum oder auf sonstige Rechte, z. B. Leibzucht an den zu veräußernden Immobilien beziehen, ob diese Rechte von dem Subhastaten selbst oder von andern Personen hergeleitet werden, ist hierbei ganz gleichgültig; werden die Ansprüche nur von einem zu dem Verfahren nicht zugezogenen Dritten erhoben, so dürfen die Parteien hinsichtlich ihrer nicht in eine Sitzung des Landgerichts verwiesen werden. Dies ist so strenge zu nehmen, daß meines Erachtens selbst die Opposition eines Hypothekargläubigers wegen Nichtzu-

stellung des Subhastationspatentes an ihn, als der Anspruch eines Dritten zu betrachten und nach §. 20 verbunden mit §. 30 Subh.=Ord. zu behandeln ist, denn der nicht zugezogene Hypothekargläubiger ist dem Verfahren fremd geblieben und indem er dagegen protestirt, daß ohne seine Zuziehung zur Subhastation geschritten werde, macht er hypothekarische Ansprüche auf die Immobilien geltend.

V. Welchen Einfluß hat es, wenn der Friedensrichter einen Einspruch vor das Landgericht verwiesen hat, der zufolge §. 27 Subh.=Ord. nicht zu verweisen war?

Dies kann offenbar gar keinen Einfluß haben, denn ein Versehen des nicht einmal mit der Kontestation befaßten Richterkommissars kann diejenige processualische Verbindlichkeit nicht alteriren, welche den Parteien durch das Gesetz selbst auferlegt wird. Hieraus folgt:

1) Ist eine auf die Unregelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin, z. B. auf die Zurückweisung eines Bieters, gegründete Opposition von dem Friedensrichter bei dem Schlusse des Protokolls behufs ihrer Entscheidung in eine bestimmte Sitzung des Landgerichts verwiesen, so muß der Opponent dennoch bei Strafe des Verlustes seines Einspruchs, innerhalb 14 Tagen von dem Zuschlag an gerechnet, durch eine dem §. 29 Subh.=Ord. entsprechende Ladung, seine Opposition vor das Landgericht bringen, weil dieses durch die ungerechtfertigte Verweisung des Friedensrichters nicht mit der Sache befaßt worden ist. (Landgericht Coblenz 12. Dec. 1839. Arch. 31. 2. B. 30.)

2) Hat der Friedensrichter die Parteien hinsichtlich der Ansprüche eines Dritten vor das Landgericht verwiesen, so muß dieser Dritte dennoch dem §. 30 Subh.=Ord. genügen und innerhalb 14 Tagen nach dem Zuschlage den Extrahenten, Schuldner und Ansteigerer vor das Landgericht laden lassen, um über die Ansprüche erkennen zu hören. (Cass. 5. Sept. 1827. Arch. 11. 2. 10).

VI. Welchen Einfluß hat es, wenn der Friedensrichter hinsichtlich solcher Einreden, welche eine Verweisung erforderlich machen, die Parteien nicht vor das Landgericht verwiesen hat?

In einem solchen Falle, dem offenbar der andere gleichsteht, wo die Verweisung nicht in eine bestimmte Sitzung des Landgerichts erfolgte, ist das Landgericht noch nicht mit der Sache befaßt und es muß daher dem Opponenten, der durch das Versehen des Friedensrichters das Recht auf Entscheidung seines Einspruchs nicht verlieren darf, frei stehen, das Landgericht durch anderweitige Ladung der Interessenten mit der Sache zu befassen (cf. II. Senat 12. Januar 1837. Arch. 25. 1. 5.); dasselbe Recht steht offenbar dem Oppositen zu, weil er ein Interesse dabei hat, daß der Einspruch beseitigt werde. (Landg. Cleve 24. Aug. 1842. Arch. 34. 2. B. 3.)

Die in dem gegenwärtigen Falle angestellte Klage ist zwar als ein Incidentpunkt des Subhastationsverfahrens zu betrachten; doch ist hiermit noch nicht die Frage beantwortet, in welcher Weise sie anzustellen und wie sie zu beurtheilen sei; deßwegen mögen die nachfolgenden Bemerkungen hier ihren Platz finden:

1) Die Klage braucht nicht in der präklusivischen 14 tägigen Frist der §§. 29 und 30. Subh.-Ord. vom Tage des Zuschlags angestellt zu werden, denn der §. 29 bezieht sich nur auf Einreden gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin und der §. 30 nur auf Ansprüche Dritter, während es sich hier von Einsprüchen gegen die Zulässigkeit und Gültigkeit des Verfahrens bis zum Licitationstermin im Sinne des §. 19 handelt. (II. Senat 12. Jan. 1837. Arch. 25. 1. 5.)

2) Das Petitum der Klage kann nur dahin gehen, den im Licitationstermin erhobenen Einspruch anzunehmen und demgemäß das Subhastationsverfahren zu vernichten, respective den Einspruch aufzuheben.

3) Daß auch die Hypothekargläubiger mit vorgeladen werden müssen, ist nur in Hinsicht desjenigen unter ihnen anzunehmen, der selbst als Opponent aufgetreten ist, denn wenn auch die Hypothekargläubiger an sich mit zu den „Interessenten" gehören, von denen der §. 27 in fine redet, so werden sie doch im Subhastationsverfahren in der Regel durch den Extrahenten vertreten, was sich z. B. darin ausspricht, daß der Extrahent, oder derjenige, welcher zufolge §§. 7, 17, 19 in seine Stelle getreten ist, in einer für alle Hypothekargläubiger bindenden Weise auf erhobene Einrede, in die Aufhebung der Licitation zu willigen befugt ist (§. 19), ferner darin, daß der §. 30 dem Dritten, welcher Ansprüche auf die Immobilien gemacht hat, nur die Ladung des Extrahenten, des Ansteigerers und Schuldners, nicht aber der Hypothekargläubiger zur Pflicht macht; die Vorschrift des §. 29, nach welcher in dem Falle von Einreden gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin auch die Hypothekargläubiger mit vorzuladen sind, muß daher lediglich als eine Singularität betrachtet werden, wie denn auch in der That nach dem konstantesten Gerichtsgebrauch, außer dem Falle des §. 29, stets nur der Extrahent, der Ansteigerer und der Subhastat als nothwendige Parteien, in dem über erhobene Einreden schwebenden Proceß, betrachtet worden sind. (cf. infra §. 31). Dagegen kann ein Hypothekargläubiger unbedenklich als Kläger auftreten und die Verwerfung des Einspruchs verlangen, in welchem Falle er den Extrahenten, den Ansteigerer und den opponirenden Subhastaten zu laden hätte (arg. §. 30). Hält man das oben über die Stellung des Extrahenten zu den Hypothekargläubigern Gesagte fest, so ergiebt sich auch sofort, welche Personen zu laden sind:

A. Der Subhastat hat opponirt;

a) er ist auch Kläger; zu laden: der Extrahent und der Ansteigerer;

b) der Extrahent ist Kläger; zu laden: Subhastat und Ansteigerer;

c) ein anderer Hypothekargläubiger klagt; zu laden: Extrahent, Ansteigerer und Subhastat;

d) der Ansteigerer klagt; zu laden: Extrahent und Subhastat.

B. Ein Hypothekargläubiger hat opponirt;

a) dieser Gläubiger ist Kläger; zu laden: Extrahent, Ansteigerer und Subhastat (arg. §. 30 Subh.=Ord.);

b) der Extrahent klagt auf Aufhebung des Einspruchs; zu laden: der Hypothekargläubiger, der Ansteigerer und der Subhastat;

c) der Ansteigerer tritt als Kläger auf; zu laden: der Extrahent, der Subhastat und der Hypothekargläubiger.

Haben unter mehren Mitsubhastaten nur einzelne opponirt, so brauchen die übrigen gewiß nicht mit vorgeladen zu werden, denn hinsichtlich ihrer ist, schon aus dem Grunde, weil sie im Licitationstermin nicht opponirt haben, das Verfahren unumstößlich.

4) Der §. 27 Subh.=Ord. läßt keinen Zweifel darüber übrig, daß, wenn der Friedensrichter die Parteien hinsichtlich der in Gemäßheit des §. 19 vorgebrachten Einreden, vor eine bestimmte Sitzung des Landgerichts verwiesen hat, die dann ergehende Entscheidung des Landgerichts unter allen Umständen als eine kontradiktorische zu qualificiren sei, sollten auch einige, ja sogar alle Interessenten ausbleiben.

Diese Bestimmung ist zwar nur in dem §. 27 allein ausdrücklich enthalten, aber aus dem §. 31 ergibt sich, daß sie auch für diejenigen Incidentpunkte im Subhastationsverfahren gilt, welche sich auf Einreden gegen das Verfahren im Licitationstermin (§. 29.) oder auf Ansprüche Dritter (§. 20. 30.) beziehen, denn, da der §. 31 bestimmt, daß die Berufung bei deren Verlustigung binnen 14 Tagen, vom Tage der an die Partei gemachten Insinuation des Urtheils, eingelegt werden müsse, und da also hier, abweichend von dem Art. 443 al. 2 B. P. O., auf eine etwaige Oppositionsfrist keine Rücksicht genommen wird, so folgt aus diesem Paragraphen, verbunden mit §. 27, daß überhaupt bei denjenigen Incidentpunkten, von welchen die §§. 27 (19) — 29 und 30 (20) reden, keine Opposition gegen das Urtheil des Landgerichts mehr in Betracht kommen kann, und daß also dasjenige Urtheil des Landgerichts, welches auf eine im Licitationstermin erhobene Opposition ergeht, möge es sich nun von einer Opposition im Sinne des §. 19 oder von einem Eigenthumsanspruch im Sinne des §. 20 handeln, unter allen Umständen die Wirkung eines kontradiktorischen haben muß, und nicht der Opposition, sondern nur der Appellation unterliegen kann, einerlei, ob die ausbleibenden Parteien verwiesene oder besonders vorgeladene sind. Hat daher auf einen im Licitationstermin erhobenen Einspruch keine Verweisung zu einer bestimmten Sitzung des Landgerichts Statt gefunden, wo doch zufolge §. 27 verbunden mit §. 19, eine solche Verweisung erforderlich war, und ist das Landgericht daher auch nur durch besondere Vorladung mit der Sache befaßt

worden, so wird doch sein Urtheil stets die Wirkung eines kontradiktorischen haben und nicht der Opposition, sondern nur der Berufung unterworfen sein.

## §. 28.

Wenn im Falle des vorhergehenden Paragraphen wegen der, gegen das Verfahren bis zum Licitationstermin angebrachten Einreden die Parteien an das Landgericht verwiesen worden, so müssen diese in dem nämlichen Termin gleichzeitig mit jenen auch alle Einreden vorbringen, welche sie gegen die Verhandlungen im Licitationstermine und beim Zuschlage geltend machen wollen und zwar bei Verlust derselben.

Von denjenigen Einreden, welche sich auf die Zulässigkeit oder Gültigkeit des Verfahrens bis zum Licitationstermin beziehen, können vor dem Landgericht nur diejenigen geltend gemacht werden, welche bereits ausdrücklich und speciell im Licitationstermin zu Protokoll gegeben sind; so kann z. B. die Einrede, daß ein zur Subhastation ungeeigneter Gegenstand verkauft worden sei, nicht erst vor dem Landgericht vorgebracht werden. (I. Senat. 16. Juli 1833. Arch. 19. 1. 108.)

Dagegen gestattet der §. 28 Subh.=Ord. allerdings den Parteien, wenn sie einmal in Folge des vorigen Paragraphen in eine bestimmte Sitzung des Landgerichts verwiesen sind, in dieser Sitzung nun auch alle Einreden gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens bei der Licitation selbst, vorzubringen, ohne daß eine besondere Ladung dem folgenden §. 29 gemäß erlassen zu werden braucht, und ohne daß es etwas verschlägt, ob zwischen dem Licitationstermin und der Sitzung des Landgerichts mehr oder weniger als 14 Tage liegen (II. Senat. 23. Mai 1833. Arch. 17. 1. 155. — III. Senat. 17. Februar 1841. Arch. 30. 1. 215.). Hierin ist jedoch keineswegs eine Antinomie mit dem §. 29 zu finden, da dieser Paragraph seinen Eingangsworten zufolge, sich nur auf den Fall bezieht, wo gegen das Verfahren bis zum Licitationstermin keine Einreden vorgebracht worden sind.

## §. 29.

Sind aber gegen das Verfahren bis zu dem Licitationstermin keine Einreden vorgebracht worden, so müssen die Einreden gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin und beim Zuschlage binnen 14 Tagen vom Tage des Zuschlags angebracht werden. Dieses geschieht durch eine Ladung zu einem bestimmten Sitzungstage des Landgerichts, welche dem die Licitation betreibenden Gläubiger, dem Meistbietenden und den Hypothekengläubigern in ihren wirklichen oder gewählten Wohn=

orten zugestellt wird, und worin die Einreden angeführt sind. Dem Friedensrichter oder Deputirten ist hiervon die Anzeige zu machen, und diese sind alsdann verpflichtet, die vollständigen Verhandlungen sogleich an das Landgericht abzugeben.

I. Der §. 29 ist dann nicht anwendbar, wenn von einer Person, die als zum Subhastationsverfahren zugezogen, nicht als Dritte betrachtet werden kann, Einreden gegen die Zulässigkeit und Gültigkeit des Verfahrens bis zum Licitationstermin vorgebracht worden sind und der Friedensrichter die Parteien vor das Landgericht verwiesen hat, in welchem Falle nach §. 28 Subh.=Ord. verfahren werden muß (cf. II. Senat. 1833. Arch. 17. 1. 155. — III. Senat. 17. Februar 1841. Arch. 30. 1. 215.).

Wäre jedoch von dem Friedensrichter aus Versehen eine Verweisung an das Landgericht nicht erfolgt, trotzdem, daß Einreden gegen das Verfahren bis zu dem Licitationstermin vorgebracht worden sind, so würde der §. 29 gewiß anwendbar sein; denn, wenn der Paragraph auch eine solche Unterscheidung nicht enthält, so ist er doch aus dem §. 28 auszulegen. Ebenso kann seine Anwendbarkeit in dem Falle nicht bezweifelt werden, wo im Licitationstermin blos Ansprüche Dritter im Sinne der §§. 20 und 30 vorgebracht worden sind, weil in dem in Gemäßheit des §. 30 hinsichtlich der Ansprüche Dritter anhängig zu machenden Proceß offenbar die Frage über die Regelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin und beim Zuschlag gar nicht einmal zur Sprache kommen kann, denn: sind die Ansprüche begründet, so muß ohnehin der Zwangsverkauf ganz oder beziehungsweise vernichtet werden; sind die Ansprüche aber unbegründet, so geht den Dritten die etwaige Unregelmäßigkeit des Verfahrens nichts an. (cf. supra §. 19. IV. in fine.)

Die Bestimmungen des Paragraphen müssen übrigens auch dann beobachtet werden, wenn die Einrede gegen das Verfahren im Termin, bereits in demselben angemeldet und von dem Friedensrichter irriger Weise vor eine bestimmte Sitzung des Landgerichts verwiesen worden wäre. (Landgericht zu Coblenz. 12. Dez. 1839. Arch. 31. 2. B. 30.)

II. Der §. 29 gehört nicht zu den bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen und enthält auch selbst für den Fall seiner Nichtbeobachtung nicht die Drohung des Verlustes der betreffenden Einreden, während der §. 30 diese Drohung ausdrücklich enthält; auch ist die Vorschrift, nach welcher außer dem Extrahenten auch die Hypothekargläubiger vorgeladen werden müssen, eine auffallende, weil sonst nach dem Geiste der Subhastations-Ordnung bei allen Incidentpunkten, und namentlich in den Fällen der §§. 27 und 30, mit dem Extrahenten allein verhandelt werden kann, indem die Hypothekargläubiger so lange, als durch den Extrahenten vertreten, ange-

sehen werden, bis sie etwa für sich besonders auftreten. Nichts destoweniger hat sich der Gerichtsgebrauch dafür entschieden, daß der §. 29 seinem ganzen Inhalte nach bei Strafe des Verlustes der betreffenden Einreden beobachtet werden müsse (cf. I. Senat. 28. Juni 1831. Arch. 16. 1. 108. — III. Senat. 14. Januar 1848. Arch. 44. 1. 11.). So ist z. B. die Einrede in Beziehung auf alle Parteien verloren, wenn auch nur einer der Hypothekargläubiger nicht innerhalb der 14tägigen Frist geladen worden ist; derselbe Verlust tritt ein, wenn die Ladung auch nur um einen Tag verspätet wird und eine Verspätung muß angenommen werden, wenn die Ladung selbst am 15ten Tag nach dem Zuschlag erfolgt, weil der Art. 1033 B. P. O. auf die präklusivische 14tägige Frist nicht anwendbar ist und daher diese Frist niemals um einen Zusatztag vermehrt werden darf.

III. Nur solche Einreden, die sich auf die Unregelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin selbst und beim Zuschlage, z. B. auf die Verletzung des §. 22 Subh.-Ord., beziehen, können noch nach dem Termin durch Ladung in Gemäßheit des §. 29 vor das Landgericht gebracht werden; alle andern Einreden sind nach dem Termin als verspätet zu betrachten, z. B. die Einrede, daß ein zur Subhastation ungeeigneter Gegenstand verkauft sei (cf. I. Senat. 16. Juli 1833. Arch. 19. 1. 108.), ferner, daß der Extrahent durch arglistiges Verfahren die Bieter entfernt und so den Zuschlag erschlichen habe. (cf. 28. Juni 1831. Arch. 16. 1. 108.)

## §. 30.

Derjenige, welcher auf die in Beschlag genommenen Immobilien Ansprüche zu haben glaubt, und solche nach der Vorschrift des §. 20 angemeldet hat, muß, wenn zur Licitation geschritten worden ist, bei Verlust seiner Ansprüche, binnen 14 Tagen nach dem Zuschlage, den extrahirenden Gläubiger, den Schuldner und den Ansteigerer in ihrem wirklichen oder gewählten Wohnorte vor das Landgericht laden, um über seine Ansprüche erkennen zu lassen.

I. Jeder Dritte, d. h. jeder, der zum Subhastationsverfahren nicht zugezogen worden ist, welcher im Licitationstermin seine Ansprüche angemeldet und dabei zugleich seine Absicht erklärt hat, das Verfahren angreifen zu wollen (cf. III. Senat. 21. August 1833. Arch. 19. 1. 94.), muß binnen 14 Tagen nach dem Zuschlage, also spätestens am 14ten Tage (cf. §. 29 II.), den Extrahenten, Ansteigerer und Schuldner vor das Landgericht laden lassen, und zwar muß er dies selbst dann thun, wenn sein Einspruch als Einrede gegen die Zulässigkeit des Verfahrens qualificirt sein möchte; in diesem Sinne wurde erkannt, daß der dahin gehende Einspruch eines Dritten, das Sub-

hastationsverfahren sei unzulässig, weil er als Käufer die Purgationsprocedur bereits begonnen habe, unter den §. 30 Subh.-Ord. falle. (Cass. 5. Sept. Arch. 11. 2. 10.)

II. Ueber die Ladung selbst gilt Folgendes:

1) Sie muß den Erforderniſſen einer jeden Ladung entsprechen. So ist z. B. die dem Empfänger einer Kirchenverwaltung als Extrahentin zugestellte Ladung nichtig, wenn sie nicht mit dem Visa des Empfängers versehen, oder wenn nicht in Gemäßheit des Art. 69 N°. 5 al. 2 B. P. O. verfahren worden ist (II. Senat. 16. Mai 1828. Arch. 11. 1. 252. — I. Senat. 31. Juli 1827. Arch. 10. 1. 236.); ist der zu Ladende ein Ausländer, so geschieht die Zustellung auch in Subhastationssachen auf dem Parket des Landgerichts (Art. 69 N°. 9 B. P. O. — I. Senat. 5. März 1826. Arch. 10. 1. 172.); kurz, in jeder Beziehung sind die für Ladungen überhaupt geltenden Vorschriften zu beachten.

2) Ist der Einspruch des Dritten aber gegen alle subhastirten Grundstücke gerichtet worden, so braucht die Ladung nicht noch einmal die genaue Bezeichnung derselben zu enthalten. (III. Senat. 28. August 1833. Arch. 19. 1. 145.)

3) Die Vorschrift, daß der Schuldner zu laden sei, bezieht sich in allen Fällen nur auf den Subhastaten selbst; ist daher der Subhastat auch nur ein Drittbesitzer, so ist doch dieser allein zu laden. (I. Senat. 24. Januar 1831. Arch. 15. 1. 164.)

4) Was dagegen die Vorschrift betrifft, den Ansteigerer zu laden, so geschieht genug, wenn derjenige geladen wird, der im Termin den Zuschlag erhalten hat, ohne daß es nöthig wäre, auch demjenigen eine Zustellung zu machen, welcher zufolge §. 25 al. 1 Subh.-Ord. als der eigentliche Ansteigerer angegeben worden ist. (II. Senat. 11. Febr. 1836. Arch. 23. 1. 83.)

5) Ist der extrahirende Gläubiger durch einen Mandatar vertreten gewesen, so muß doch die Ladung an den Gläubiger selbst, nicht aber an den Mandatar ergehen. (I. Senat. 31. Juli 1827. Arch. 10. 1. 236.)

III. Wird auch nur einer einzigen der im §. 30 benannten Personen die Ladung entweder gar nicht, oder in ungültiger Weise zugestellt, so wirkt dies wegen der Untheilbarkeit der Instanz auch für denjenigen, der eine gültige Ladung erhalten hat; der Extrahent kann also z. B. die Abweisung der Klage als unannehmbar verlangen, wenn auch blos der Schuldner nicht geladen sein möchte, und zwar ist die Präklusion des §. 30 so strenge zu nehmen, daß das Gericht nach Ablauf der 14tägigen Frist in diesem Falle die Beiladung des übergangenen Schuldners nicht gestatten dürfte. Dagegen findet eine Theilung des Verfahrens in sofern Statt, als die Klage in Bezug auf einige Grundstücke gültig angestellt sein kann, in Bezug auf andere dagegen

nicht; z. B.: das Grundstück A wird gegen den persönlichen Schuldner, und zugleich das Grundstück B gegen einen Drittbesitzer subhastirt; beide Grundstücke werden von einem Dritten im Licitationstermin in Anspruch genommen; unterläßt dieser Dritte es nun, den Drittbesitzer mit vorzuladen, so kann seiner Klage in Bezug auf das Grundstück A nicht die Unannehmbarkeitseinrede entgegengesetzt werden und umgekehrt. (III. Senat. 28. August 1833. Arch. 19. 1. 145.)

IV. Da der Dritte, welcher Ansprüche auf die subhastirten Immobilien hat, überhaupt nicht verpflichtet ist, sie im Subhastationsverfahren anzumelden, indem der §. 35 Subh.=Ord. ausdrücklich bestimmt, daß auf den Ansteigerer nicht mehr Rechte übergehen sollen, als der Schuldner selbst hatte, so konnte leicht die Meinung entstehen, daß derjenige Dritte, welcher im Licitationstermin Einspruch erhoben und es dabei unterlassen hat, im Sinne und in der Frist des §. 30 zu laden, durch diese Unterlassung zwar wohl des Rechts verlustig werde, das Subhastationsverfahren selbst anzufechten, nicht aber des Rechts, seine Ansprüche in einem besondern Verfahren *geltend* zu machen, und in der That ist auch bisweilen in diesem Sinne erkannt worden (cf. I. Senat. 6. Juni 1825. Arch. 8. 1. 226. — Landgericht zu Aachen. 14. Dez. 1826. Arch. 10. 1. 223.). Indessen würde es schon an sich mehr der Natur der Sache entsprechen, denjenigen, der einmal in das Subhastationsverfahren hereingetreten ist, auch als an die Fristen und Formen dieses Verfahrens unbedingt gebunden, zu betrachten; dazu kommt, daß der §. 30 Subh.=Ord. dem Dritten die Ladung ausdrücklich „bei Verlust seiner Ansprüche" zur Pflicht macht. Die entgegengesetzte Ansicht ist daher wohl als die richtige zu betrachten, und der Dritte, welcher einmal seine Ansprüche im Licitationstermin vorgebracht hat, verliert sie durchaus, wenn er entweder gar nicht binnen 14 Tagen nach dem Zuschlage, oder nicht in einer dem §. 30 entsprechenden Weise hat laden lassen. (cf. I. Senat. 3. April 1827. Arch. 10. 1. 231. — I. Senat. 31. Juli 1827. Arch. 10. 1. 236.)

Hiernach wird Jemand, welcher Ansprüche auf die gegen einen Andern subhastirten Grundstücke geltend machen will, entweder den Weg genau einhalten müssen, den ihm die §§. 20 und 30 Subh.=Ord. vorzeichnen, oder aber sich gar nicht um die Subhastation bekümmern, in welchem letzteren Falle er, wenn er Besitzer ist, die Klage des Ansteigerers ruhig abwarten, oder, wenn er nicht Besitzer ist, seine Rechte im Wege des gewöhnlichen Processes später geltend machen kann.

## §. 31.

Das Verfahren über alle oben angeführte Incidentpunkte ist summarisch. Die Berufung muß, bei deren Verlustigung, in 14 Tagen,

vom Tage der an die Partei gemachten Insinuation des Urtheils, eingelegt und kann dem bei dem Landgericht aufgetretenen Anwalt zugestellt werden.

I. Das Verfahren bei den Incidentpunkten ist nicht nur summarisch, sondern es bedarf auch keiner Ladung zum Sühneversuch in den Fällen, wo die Instanz durch eine besondere Ladung eingeführt werden muß. (§§. 29, 30 Subh.=Ord.)

II. Aus dem Umstande, daß der §. 31 die Berufung unter allen Umständen nur dann für annehmbar erklärt, wenn sie in der vom Tage der Zustellung des Urtheils an die Partei zu berechnenden 14tägigen Frist, eingelegt wird, ohne (abweichend von dem Art. 443 al. 2 B. P. O.) auf eine etwa noch laufende Oppositionsfrist Rücksicht zu nehmen, folgt, daß das Urtheil des Landgerichts, welches in dem Incidentpunkt ergeht, nur der Appellation, nicht aber der Opposition unterliegen kann und daher stets die Bedeutung eines kontradiktorischen Urtheils hat, wenn auch einige der Parteien oder selbst alle Parteien ausbleiben möchten. Für die in Gemäßheit des §. 19 Subh.=Ord. gegen die Zulässigkeit oder Gültigkeit des Verfahrens bis zum Licitationstermin vorgebrachten Einreden, enthält der §. 27 ausdrücklich eine d e m entsprechende Bestimmung; nichts destoweniger geht aus dem §. 31 hervor, daß auch die, in den andern, durch besondere Ladung anhängig zu machenden Incidentpunkten (§§. 29, 30 Subh.=Ord. §. 27 N°. VI. supra), ergehenden Urtheile der Landgerichte niemals der Opposition, sondern nur der Appellation unterliegen.

III. Die Frage, wann im Falle des §. 31 ein appellabler Gegenstand angenommen werden müsse, wurde früher von dem Gerichtsgebrauch dahin beantwortet, daß gegen jedes Urtheil eines Landgerichts, welches über einen Einspruch im Subhastationsverfahren erkennt, appellirt werden könne, einerlei, ob die von dem Extrahenten geforderte Summe unter oder über 1000 Francs sei. (cf. II. Senat. 8. März 1827. Arch. 10. 1. 228. — II. Senat. 3. März 1827. Arch. 11. 1. 105.)

Während dies für alle Ansprüche Dritter und namentlich für Eigenthumsoppositionen niemals bezweifelt worden und überhaupt auch gar nicht in Zweifel zu ziehen ist (cf. III. Senat. 28. August 1833. Arch. 19. 1. 145. — Cass. 14. Okt. 1839. Arch. 29. 2. A. 22.), hat sich dagegen, hinsichtlich der vom Subhastaten selbst ausgehenden Einsprüche, überwiegend die Ansicht geltend gemacht, daß nur dann ein appellabler Gegenstand anzunehmen sei, wenn die durch die Subhastation exequirte Forderung mehr als 1000 Francs betrage (cf. I. Senat. 21. Mai 1832. Arch. 17. 1. 16. — Cass. 14. Okt. 1839. Arch. 29. 2. A. 22. — II. Senat. 22. April 1841. Arch. 31. 1. 37.).

Für den Fall, wo der Subhastat zugleich persönlicher Schuldner ist, möchte man dem beistimmen, denn in Absicht seiner ist allerdings die Seite des Verfahrens als die prävalirende zu betrachten, welcher zufolge zwischen ihm und dem Gläubiger eine persönliche untergebens keine 1000 Francs betragende Forderung, sich in executione befindet, wenn auch das Resultat immerhin eine Expropriation des Eigenthums des Schuldners sein wird. Dagegen muß man meines Erachtens entgegen dem zuletzt citirten Urtheil annehmen, daß die Opposition eines in Anspruch genommenen, persönlich nicht schuldenden Drittbesitzers immer einen appellablen Gegenstand darstelle, denn gegen den Drittbesitzer wird keine Forderung exequirt, indem er nichts schuldet; im Gegentheil involvirt das Verfahren in Absicht seiner einen dinglichen, wenn auch hypothekarischen, Anspruch, der gegen sein Eigenthum erhoben wird; zwar kann er sich vorläufig durch Zahlung der, untergebens keine 1000 Francs betragenden Forderung des Extrahenten befreien; aber dies ist nur eine Befugniß für ihn; der Extrahent kann eine solche Zahlung nicht verlangen, und indem also gegen den Drittbesitzer subhastirt wird, ist an sich keine Forderung gegen ihn in executione, sondern es wird blos ein hypothekarischer, also dinglicher Anspruch auf sein Eigenthum geltend gemacht.

IV. Die Frist zur Einlegung der Berufung ist eine präklusivische Frist von 14 Tagen, welche vom Tage der Zustellung des Urtheils an die Partei zu rechnen ist, und nicht durch Zusatztage im Sinne des Art. 1033 B. P. O. vermehrt werden darf. Wegen der Untheilbarkeit des Verfahrens fängt sie für eine Partei gewiß allen andern Parteien gegenüber schon dann an, wenn auch nur von einer Seite die Zustellung des Urtheils erfolgt ist, was um so mehr angenommen werden muß, da der §. 31 in dieser Beziehung nicht unterscheidet. Dagegen finden die allgemeinen Grundsätze über Fristenunterbrechung auch auf die Frist des §. 31 ihre Anwendung. Stirbt daher ein zur Appellation Berufener innerhalb der laufenden 14 Tage, so wird die Frist unterbrochen und fängt erst nach der im Wohnhause des Verstorbenen erfolgten Zustellung und jedenfalls nicht vor Beendigung der Inventarisations- und Deliberationsfrist wieder an zu laufen. (Art. 447 B. P. O. — I. Senat. 30. Juni 1830. Arch. 14. 1. 215.)

Bei solchen Vindikationsklagen, welche erst nach beendigtem Subhastationsverfahren und nicht in Gemäßheit der §§. 20 und 30 Subh.=Ord. angebracht worden sind, kommt die 14tägige Berufungsfrist nicht in Betracht. (I. Senat. 29. Mai 1833. Arch. 19. 1. 144.)

V. Nach einer gegenwärtig als vollständig fixirt zu betrachtenden Jurisprudenz des Appellhofs ist die Berufung gegen ein Urtheil, welches über Einsprüche im Licitationstermin erkannt hat, nur dann annehmbar, wenn sie allen denjenigen Personen gegenüber eingelegt wird, welche das Gesetz als Parteien

in dem betreffenden Incidentpunkt betrachtet (III. Senat. 5. Nov. 1840. Arch. 31. 1. 282. — II. Senat. 17. Mai 1844. Arch. 37. 1. 112. — III. Senat. 11. Febr. 1827. Arch. 41. 1. 225. — III. Senat. 7. März 1849. Arch. 44. 1. 15. — I. Senat. 19. Nov. 1849. Arch. 45. 1. 51.). Hat z. B. der Subhastat opponirt, so muß er, wenn er gegen das seine Opposition verwerfende Urtheil des Landgerichts appelliren will, im Falle des §. 27 Subh.-Ord. und in dem supra §. 27 N°. VI. angegebenen Fall, dem Extrahenten und Ansteigerer, und im Falle des §. 29 dem Extrahenten, Ansteigerer und den sonstigen eingeschriebenen Hypothekargläubigern den Appellakt zustellen lassen; will dagegen ein Eigenthumsopponent im Falle des §. 30 das Rechtsmittel der Berufung ergreifen, so ist dem Extrahenten, Ansteigerer und Subhastaten der Appellakt zuzustellen. Die Instanz wird als eine zwischen allen Parteien untheilbare betrachtet, indem angenommen wird, es widerstreite der öffentlichen Ordnung, daß über die Rechtsbeständigkeit eines Subhastationsverfahrens anders, als zwischen allen vom Gesetz als Parteien betrachteten Personen entschieden werde. Daß vor dem Appellhof die Gestattung einer Frist zur Beiladung der nicht mit vorgeladenen Partei mit Recht verlangt werden könne, möchte nicht anzunehmen sein, denn da nach §. 31 der unterliegende Theil des Rechts zur Berufung verlustig wird, wenn er sie nicht binnen 14 Tagen nach Zustellung des Urtheils einlegt, so muß dieser Verlust wegen der Untheilbarkeit des Gegenstandes allen Parteien gegenüber eintreten, wenn auch nur einer einzigen gegenüber die 14tägige Berufungsfrist ungenützt verstrichen ist; in der That hat auch das zuletzt citirte Urtheil in diesem Sinne erkannt. Die Berufung muß übrigens, um annehmbar zu sein, nicht nur sämmtlichen bei dem Landgericht aufgetretenen Parteien, sondern auch den nicht aufgetretenen, z. B. eintretenden Falls auch dem durch keinen Anwalt vertretenen Ansteigerer gegenüber, eingelegt werden.

VI. Der §. 31 bezieht sich zwar seiner Stellung nach zunächst auf die in den §§. 27, 29 und 30 erwähnten Incidentpunkte; er ist aber auf alle Incidentpunkte im Subhastationsverfahren auszudehnen; so wurde z. B. erkannt, daß, wenn eine Opposition gegen das Subhastationspatent vor dem Licitationstermin anhängig gemacht worden sei, die Berufung gegen das Urtheil des Landgerichts nur in der 14tägigen Frist des §. 31 eingelegt werden könne (III. Senat. 18. April 1849. Arch. 44. 1. 23.). Daher ist auch das Verfahren bei allen Oppositionen vor dem Licitationstermine und allen sonstigen Incidentpunkten summarisch und des Vergleichsversuchs frei und die in diesen Sachen von den Landgerichten zu erlassenden Urtheile unterliegen nur der Appellation, nicht aber der Opposition. — Hier möge eine allgemeine, nicht blos auf den §. 31 Subh.-Ord. bezügliche Bemerkung ihre Stelle finden: die Subhastations-Ordnung spricht zwar in allen bezüglichen Paragraphen nur von bestimmten Incidentpunkten (§§. 19. 20. 27. 29. 30. 31

Subh.=Ord.); indessen sind die dort enthaltenen Vorschriften auf alle Incidentpunkte anwendbar; so wurde z. B. erkannt, daß auch die Einsprüche vor dem Licitationstermin dem Friedensrichter zu Protokoll gegeben werden müßten (§§. 19. 20 Subh.=Ord. — I. Senat. 1. Mai 1838. Arch. 27. 1. 145. — Landgericht zu Trier. 7. April 1834. Arch. 22. 1. 34.), daß die Frage über Appellabilität des Gegenstandes bei allen Incidentpunkten nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen sei (cf. die oben sub III. citirten Urtheile); ferner, daß ein Dritter, welcher zwar im Licitationstermin seine Ansprüche nicht angemeldet habe, aber doch später nicht blos eine reine Eigenthumsklage, sondern eine Klage auf Vernichtung des Subhastationsverfahrens anstellen wolle, bei Strafe der Unstatthaftigkeit der Klage, alle im §. 30 benannten Personen laden lassen müsse (III. Senat. 19. Mai 1847. Arch. 42. 1. 46. — supra §. 20 N°. I.). Dagegen versteht es sich freilich von selbst, daß die über bestimmte Incidentpunkte in der Subhastations=Ordnung enthaltenen Vorschriften nur in soweit auf andere ausgedehnt werden können, als überhaupt eine Anwendung möglich ist; so werden z. B. die Bestimmungen der §§. 29 und 30 über die Nothwendigkeit, den Ansteigerer mit vorzuladen, auf die Oppositionen vor dem Licitationstermin aus dem einfachen Grunde nicht anzuwenden sein, weil es noch keinen Ansteigerer gibt.

VII. Die Incidentpunkte im Subhastationsverfahren sind wesentlich verschieden von allen andern Incidentklagen; denn letztere, soweit sie wenigstens zwischen den Parteien des Hauptprocesses schweben, schieben eine vorhandene, aber noch nicht beendigte Instanz auf und können nie nach dem in dem Hauptproceß ergangenen Endurtheil gethätigt werden (Art. 337, 338 B. P. O.). Dieses System ist in der B. P. O. für die saisie immobilière beibehalten, dagegen von der Subh.=Ord. gänzlich verlassen worden. Nach der Subh.=Ord. haben die Incidentpunkte niemals mehr eine hemmende Wirkung; es wird vielmehr als Regel vorausgesetzt, daß ihre processualische Wirksamkeit erst nach Beendigung des Hauptverfahrens, d. h. nach dem Zuschlage in's Leben tritt. Diese Incidentpunkte haben daher auch eine von dem Hauptverfahren gänzlich gesonderte processualische Existenz, und wenn sie perimiren, so perimirt keineswegs das bereits beendigte Subhastationsverfahren mit, sondern erhält vielmehr hierdurch insofern eine neue Bestätigung, als es nun nicht mehr angreifbar ist (II. Senat. 21. Juli 1831. Arch. 15. 1. 266.). Hat daher z. B. ein Opponent gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens im Licitationstermin, zwar im Sinne des §. 29 Subh.=Ord. geladen, aber die Sache während 3 Jahren liegen lassen, so können die Oppositen gegen ihn die Peremtion der Instanz über den fraglichen Incidentpunkt, verlangen, und wenn sie dies thun, so muß diese Instanz, abgesondert von dem Subhastationsverfahren selbst, für perimirt erklärt werden, was dann die Folge hat, daß die Licitation nicht mehr angreifbar ist, weil der Opponent seine Einrede durch Peremtion verloren hat.

§. 32.

Eine Zuwiderhandlung oder Nichtbeobachtung der Vorschriften der §§. 2 und 3 zieht die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens nach sich. Wenn der Vorschrift des §. 5 nicht nachgekommen ist, und die Eintragung in die Hypotheken-Register, so wie die Zustellung an den Schuldner nicht gesetzlich geschehen sind, so bleibt der Zahlungsbefehl zwar gültig, die darauf folgenden Verhandlungen sind aber nichtig. Die Nichtbeobachtung oder Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften der §§. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 23 zieht die Nichtigkeit des Subhastations-Patents und des ganzen darauf gefolgten Verfahrens nach sich.

Der vorstehende Paragraph bezieht sich blos auf Einreden gegen die Gültigkeit des Verfahrens vor oder in dem Licitationstermin; werden aber Einreden gegen die Zulässigkeit als begründet erkannt, so versteht es sich von selbst, daß unter allen Umständen das ganze Verfahren vernichtet wird. Handelt es sich dagegen von einer Verletzung der in dem §. 32 angeführten Paragraphen der Subh.-Ord. so gilt folgendes:

1) Ist schon der Zahlungsbefehl nichtig oder perimirt, so ist das ganze Verfahren nichtig. (§§. 2. 3.)

2) Ist dem §. 5 zuwider gehandelt, so ist zwar die Beschlagnahme und Alles darauf Gefolgte zu vernichten, aber der Zahlungsbefehl bleibt bestehen, d. h. der Gläubiger braucht ihn nicht zu widerholen, wenn er zu einer neuen Beschlagnahme schreiten will, sollten auch seit der Erlassung des alten Zahlungsbefehls bereits mehr als 3 Monate verflossen sein. (cf. I. Senat. 15. Febr. 1830. Arch. 14. 1. 29.)

3) Bezieht sich die Zuwiderhandlung dagegen auf die §§. 12 bis 18 und 23 Subh.-Ord., so bleibt die Beschlagnahme und überhaupt alles der Erlassung des Subhastationspatents Vorhergegangene, bestehen, und es kann daher ohne Weiteres ein neues Subhastationspatent extrahirt werden, ohne daß eine Wiederholung der Beschlagnahme nöthig wäre.

§. 33.

Das nach §. 26 zu führende Protokoll vertritt die Stelle eines wirklichen Adjudikations-Urtheils und wird zu diesem Zwecke in der für die Urtheile vorgeschriebenen exekutorischen Form ausgefertigt. Eine solche Ausfertigung darf aber dem Meistbietenden nur dann gegeben werden, wenn er die Quittung über die Zahlung der ihm zur Last fallenden Kosten und den Beweis, daß er den bis dahin zu erfüllen-

den Kaufbedingungen nachgekommen ist, beigebracht hat. Die Quittungen werden der Urschrift des Versteigerungsprotokolls beigeheftet und mit demselben ausgefertigt.

I. Da die Friedensrichter nur als Kommissarien der Landgerichte handeln und der vorstehende Paragraph das Licitationsprotokoll einem wirklichen Adjudikationsurtheil gleichstellt, so ist dieses Protokoll so zu betrachten, als wenn es ein von dem Landgerichte selbst erlassenes Adjudikationserkenntniß im Sinne des Art. 714 B. P. O. wäre. Hieraus folgt, daß im Allgemeinen gegen das Licitationsprotokoll alle diejenigen Rechtsmittel zulässig sind, welchen jedes andere Urtheil des Landgerichts unterliegen würde. Diese Rechtsnorm erleidet jedoch durch die besondern bei der Subhastation in Betracht kommenden Verhältnisse vielfache Modifikationen. Was zunächst die ordentlichen Rechtsmittel betrifft, so ist die Opposition gänzlich ausgeschlossen, denn das Adjudikationsurtheil ist immer einem kontradiktorischen gleich zu achten, aus welchem Grunde es auch nicht durch einen kommittirten Gerichtsvollzieher zugestellt zu werden braucht und niemals durch Nichtvollstreckung innerhalb 6 Monaten, perimirt. Die Appellation ist zwar in abstracto innerhalb der gewöhnlichen Appellfrist zulässig, indessen müssen alle Einreden hinsichtlich der Zulässigkeit und Regelmäßigkeit des Verfahrens zufolge der §. 19, 28 u. 29 in anderer Weise und innerhalb bestimmter Fristen vorgebracht werden; es bleiben also für die Appellation nur solche moyens übrig, welche bei Urtheilen letzter Instanz zur requête civile oder zum Kassationsrekurse Veranlassung geben würden; und zwar selbst von diesen moyens nur solche, welche nicht etwa schon unter die §§. 19, 28 u. 29 Subh.-Ord. fallen, weil sie bereits zur Zeit der Licitation bekannt waren und vorgebracht werden konnten. Hiernach erscheint zwar in äußerst seltenen Fällen eine Appellation zulässig; doch möchte man ihr, theils wegen der besondern Natur des Subhastationsverfahrens, theils deßwegen, weil auch requête civile und Kassationsrekurs niemals die Vollstreckung suspendiren, keine hemmende Wirkung beilegen. Was endlich die außerordentlichen Rechtsmittel betrifft, so wird eine Drittopposition wohl schwerlich jemals Statt finden können, da Dritte zu einem Subhastationsverfahren nicht zugezogene Personen überhaupt durch dasselbe niemals tangirt werden; die requête civile ist dagegen, wenn ihre Voraussetzungen begründet sind, unbedenklich zulässig. (cf. II. Senat 18. Febr. 1847. Arch. 41. 1. 225); Die Klage muß dann bei dem Landgericht innerhalb der in den Art. 483—489 B. P. O. eingeführten Frist und überhaupt in den für die requête civile vorgeschriebenen Formen angestellt werden; ebenso kann unter Umständen der Kassationsrekurs zulässig sein; jedoch ist hinsichtlich der beiden zuletzt erwähnten Rechtsmittel zu bemerken, daß sie niemals die Vollstreckung des Licitationsprotokolls hemmen und daß sie wegen ihrer allgemein subsidiären Na-

tur nur dann vorkommen können, wenn für diejenige Partei, welche eins dieser Rechtsmittel gebrauchen will, kein appellabler Gegenstand vorhanden ist. Sie können daher nach den oben §. 31 N°. III. entwickelten Grundsätzen nur demjenigen Subhastaten zustehen, welcher zugleich persönlicher Schuldner ist und zwar nur dann, wenn die Forderung des Extrahenten weniger als 1000 Francs beträgt; in allen andern Fällen würde das Licitationsprotokoll, wenn auch ein an sich zur requête civile oder zum Kassationsrekurs Veranlassung gebendes moyen vorhanden wäre, doch nur auf dem Wege der Appellation anzugreifen sein und das moyen würde durch den unbenutzten Ablauf der Appellfrist verloren werden (Art. 481 princ. B. P. O.)

Ueberall wo nach dem Obigen eine Appellation, eine requête civile oder ein Kassationsrekurs ausnahmsweise zulässig ist, wird das Verfahren gegen alle diejenigen Personen zu richten sein, welche die Subh.-Ord., je nach der Verschiedenheit des Falls als nothwendige Parteien in dem Processe betrachtet. Ein Beispiel wird dies klar machen; bestände z. B. das moyen in der erst nach der Licitation entdeckten Falschheit des der Subhastation zu Grunde gelegten exekutorischen Titels, so wäre das moyen ein solches, welches, wenn es vor der Licitation bekannt gewesen wäre, als Einrede gegen die Zulässigkeit des Verfahrens, spätestens im Licitationstermin hätte vorgebracht werden müssen; da nun, wenn es sich von Einreden gegen das Verfahren bis zum Verkauf handelt, bloß Extrahent, Ansteigerer und Subhastat nothwendige Parteien im Processe sind, so würde in dem angegebenen Fall der klagende Subhastat bloß den Extrahenten und Ansteigerer zu laden haben; bezöge sich das moyen dagegen auf die Abfassung des Adjudikationsurtheils, beispielsweise auf Kontrarietät in den Dispositionen, so möchte unter analoger Anwendung des §. 29 Subh.-Ord. die gleichzeitige Vorladung der sonstigen Hypothekargläubiger rathsam erscheinen.

II. Auf das Wesen und die Eigenthümlichkeiten der Adjudikation im gerichtlichen Zwangsverkauf näher einzugehen, würde zu weit führen, da eine erschöpfende Erörterung der hier in Betracht kommenden Fragen, welche mit zu den schwierigsten und bestrittensten unseres Rechts gehören, ein zu specielles Eingehen auf die Principien des Civilrechts erforderlich machen würde. Deßwegen mögen hier nur die nachstehenden Andeutungen über die Wirkung der Adjudikation hinsichtlich der hypothekarischen Verhältnisse ihren Platz finden:

1) Der Zuschlag im gerichtlichen Zwangsverkauf hat, abweichend von der freiwilligen Veräußerung, die Wirkung, daß er das zugeschlagene Grundstück von den gegen die Vorbesitzer des Ansteigerers inscribirten Hypotheken und Privilegien befreit, ohne daß es einer Transcription des Licitationsprotokolls und eines Hypothekenreinigungsverfahrens bedürfte; die inscribirten Hypotheken verwandeln sich in Ansprüche auf den Kaufpreis des subhastir-

ten Grundstücks, und werden in Gemäßheit des Art. 759 B. P. O. gelöscht, sollten sie auch nicht durch den Kaufpreis gedeckt werden, vorausgesetzt, daß den Gläubigern das Subhastationspatent zugestellt worden ist, (§. 16 Subh.-Ord.) und daß das Ordreverfahren in regelmäßiger Weise durchgeführt, wie auch nicht minder der Kaufpreis von dem Ansteigerer an die locirten Gläubiger bezahlt wird.

2) Bestrittener ist die Frage, ob das Immobile durch die Adjudikation in der Hand des Ansteigerers auch von denjenigen Privilegien und Hypotheken befreit wird, welche von der Inscription unabhängig und nicht inscribirt sind. Zwar kann es nicht zweifelhaft sein, daß die generellen Privilegien des Art. 2101 B. G. B. nur einen Anspruch auf den Kaufpreis begründen, dagegen sind hinsichtlich der Legalhypotheken die Meinungen sehr getheilt. Während bisweilen die Meinung sich geltend gemacht hat, daß die nicht inscribirten legalen Hypotheken der Ehefrau und des Minderjährigen nach dem Zuschlage noch fortwährend auf dem subhastirten Grundstücke haften und daß der Ansteigerer, um dasselbe von diesen Hypotheken zu befreien, das Purgationsverfahren — den Art. 2193 ff. B. G. B. resp. dem Staatsrathsgutachten vom 9. Mai 1807 gemäß — einzuleiten habe, (cf. Cass. Par. 22. Juni 1833. — Chauv. sur Carré Qu. 2479. — III. Senat 8. Juli 1840. Arch. 30. 1. 102.), ist dagegen die entgegengesetzte Meinung, nach welcher das Grundstück durch den Zuschlag auch von den Legalhypotheken frei wird, unbedingt die herrschende, (cf. Troplong priv. hyp. N°. 907 bis. — Grenier II. N°. 490. — Carré pr. Qu. 2479. — Merlin rep. sais. imm. §. 7 N°. 3. Persil fils comm. II. p. 151, 160. — Pigeau II. 240. — Cass. 21. Nov. 1821. Sirey XXII. 1. 214). Diese Ansicht, die übrigens schon im Römischen Recht eine Stütze findet (cf. l. 6 cod. VIII. 26), entspricht auch offenbar der Natur der Sache, denn gegen wen könnte nach dem Zuschlage noch eine Inscription genommen werden? etwa gegen den Subhastaten? dieser ist nicht mehr Eigenthümer und daher gegen ihn nach einer feststehenden Jurisprudenz keine Einschreibung mehr möglich; oder gegen den Ansteigerer? dieser ist nicht Schuldner. Es würde aber widersinnig sein, ein dem Immobile in die Hand des Erwerbers folgendes hypothekarisches Recht da anzunehmen, wo nicht einmal die Möglichkeit vorhanden ist, dies hypothekarische Recht durch Inscription zur öffentlichen Kenntniß zu bringen und warum, könnte man fragen, sollten die subhastirten Immobilien von den inscribirten Hypotheken durch den Zuschlag frei werden, wie doch allgemein anerkannt wird, von den nicht inscribirten, dagegen nicht? Es möchte daher wohl mit der herrschenden Lehre anzunehmen sein, daß der mit einer Legalhypothek versehene Gläubiger durch die Subhastation jedes hypothekarische Recht an dem Immobile verliert und den Ansteigerer nicht weiter turbiren kann. Hiervon verschieden ist die Frage, ob nicht wenigstens für die nicht inscribirte Legalhypothek, in dem auf die Subhastation folgenden Ordre-

verfahren bei der Vertheilung des Kaufpreises in Gemäßheit des Art. 2135 B. G. B. die vorzugsweise Locirung beansprucht werden könne. Diese Frage möchte allerdings zu bejahen sein (cf. III. Senat. 8. Juli 1840. Arch. 30. 1. 102.), obgleich nicht geläugnet werden kann, daß die französische Jurisprudenz ziemlich allgemein annimmt, die vor dem Zuschlage nicht inscribirte Legalhypothek der Frauen und Minderjährigen erlösche durch die Adjudikation nicht nur in Bezug auf das Immobile, sondern gewähre auch keinen Anspruch auf Berücksichtigung bei der Vertheilung des Kaufpreises. Vergl. namentlich die ausführlichen Motive eines Urtheils des Kassationshofes vom 21. November 1821 (Sirey XXII. 1. 214.), welche folgendermaßen lauten:

„Attendu que, loin qu'aucune loi n'assujettisse l'adjudicataire sur expropriation forcée, a purger les hypothèques dont pouvait être grevé l'immeuble qui lui a été adjugé, il résulte, en premier lieu, de la combinaison du chap. 8. avec le chap. 9. du titre 18. du Code civil, que ce code, en traitant des hypothèques quelles qu'elles soient, légales ou autres, n'a eu en vue que la vente volontaire, ou la donation de l'immeuble grevé; — Il résulte, en deuxième lieu des art. 749 et 750 du Code de procédure, que cet adjudicataire, après la signification du jugement d'adjudication, ou de l'arrêt confirmatif, s'il y a eu appel, n'a plus rien à faire avant de requérir, qu'il soit procédé a l'ordre et à la distribution du prix; — Il résulte en troisième lieu et d'une manière explicite de l'art. 775 du même Code, que l'art. 2194 du Code civil n'est point applicable à l'expropriation forcée, puisque cet art. 775 déclare positivement que ce n'est, que dans le cas d' aliénation, autre que celle par expropriation, que l'ordre sera provoqué par l'acquéreur, après l'expiration des trente jours qui suivront les délais prescrits par les art. 2185 et 2194 du Code civil; — Attendu que l'on ne peut pas argumenter de ce qui se pratique dans le cas de la vente par licitation, ou de celle par cause d'utilité publique, parce que ces ventes, quoique judiciaires, étant considérées comme volontaires, ne sont pas soumises à toutes les formalités requises pour les ventes par expropriation forcée; — Attendu, que l'exécution de toutes ces formalités suffit pour éveiller l'attention des créanciers qui ont une hypothèque légale indépendante de toute inscription, et que la multitude et la publicité des ces formalités, jointes à la longue durée de la procédure et au grand nombre de personnes chargées par la loi de prendre inscription pour les femmes et les mineurs, ont déterminé le législateur à regarder comme surabondantes et superflues, dans le cas de la vente sur saisie immobilière les formalités prescrites par l'art. 2194 du Code civil; — Par ces motifs rejette etc."

3) Nach dem Zuschlage können gegen den Subhastaten keine Inscrip-

tionen mehr genommen werden, weil der Art. 834 B. P. O., der bekanntlich die Inscription noch 14 Tage lang nach der Transscription der Mutationsurkunde gestattet, nur auf freiwillige Veräußerungen anwendbar ist und weil es überhaupt keiner Transscription des Adjudikationsurtheils bedarf. Es können übrigens ebensowenig Privilegien als Hypotheken, nach dem Zuschlag inscribirt werden, also z. B. auch nicht das Privileg des Verkäufers, der den Kaufakt vor der Licitation nicht hatte transcribiren lassen, (cf. II. Senat 17. Januar 1824. Arch. 7. 1. 126).

4) Aeußerst getheilt sind die Meinungen sowohl in der Französischen als auch in der Rheinischen Jurisprudenz darüber, ob nach dem Zuschlage noch eine Erneuerung der bestehenden Inscriptionen nöthig sei, um für den Gläubiger das Recht zu erhalten, in dem über den Kaufpreis eröffneten Kollokationsverfahren Befriedigung nach dem Range seiner Hypothek zu verlangen, mit andern Worten: ob in Beziehung auf den Anspruch, aus dem Kaufpreise befriedigt zu werden, eine zur Zeit des Zuschlages nicht erloschene Inscription noch nach dem Zuschlage der Erlöschung Mangels Erneuerung unterliege. Ueber die verschiedenen Ansichten, welche sich in Frankreich hierüber geltend gemacht vgl. namentlich, (Troplong priv. hyp. II. 720. — Grenier II. 243. — Merlin rep. mot inscr. — Persil reg. hyp. art. 2154 N°. 6.).

Die Frage gehört zwar in die Lehre von der Vertheilung des Kaufpreises und kann auch deßwegen hier nicht erörtert werden, indessen möchte es doch an der Stelle sein, eine kurze Uebersicht über den gegenwärtigen Stand der Rheinischen Jurisprudenz in dieser höchst wichtigen Frage zu geben. Während früherhin bisweilen aufgestellt wurde, schon die Eintragung der Beschlagnahmeverfügung in die Hypothekenbücher mache die fernere Erneuerung der Inscription unnöthig, ist dagegen jetzt ganz allgemein und einstimmig angenommen, daß wenigstens bis zum Zuschlag die Inscription vor Ablauf von 10 Jahren erneuert werden müsse, und daß Mangels der Erneuerung das hypothekarische Recht nicht nur in Bezug auf das Immobile selbst, sondern auch in Bezug auf die Ansprüche am Kaufpreise erlösche. Der Streit dreht sich nur noch darum, ob auch noch nach dem Zuschlage eine Erneuerung der Inscription nöthig sei, um dem Gläubiger seine Präferenzrechte an dem Kaufpreise zu erhalten. Der Appellhof hat sich in den meisten Fällen für die verneinende Meinung entschieden, (cf. II. Senat 28. Dezbr. 1838. Arch. 28. 1. 7. — III. Senat 10. Juni 1846. Arch. 41. 1. 269. — I. Senat 22. Febr. 1847. Arch. 41. 1. 273.), und wenn auch unser oberster Gerichtshof übereinstimmend mit II. Senat 5. März 1846. Arch. 41. 1. 267 in zwei kassirenden Erkenntnissen, (cf. Arch. 41. 2. 92 ff.) für die bejahende Meinung entschied, so hat er sich doch in einem Rejet-Urtheil vom 25. Sept. 1848. Arch. 43. 2. 65, wieder der von dem Appellhof in den meisten Fällen adoptirten verneinenden Meinung

zugewendet. Wenn nun hiernach allerdings die meisten Urtheile in dem Sinne ergangen sind, daß nach dem Zuschlage keine Erneuerung der Inscription erforderlich sei, so kann doch bei so bedeutenden Fluktuationen die Jurisprudenz keineswegs als in diesem Sinne fixirt betrachtet werden und die Hypothekargläubiger werden daher, um sicher zu gehen, wohlthun, auch noch nach dem Zuschlage ihre Inscriptionen vor Ablauf der 10jährigen Frist erneuern zu lassen. Um so mehr werden sie dies thun müssen, da es, wie man unter §. 36 III. sehen wird, von dem größten Interesse für sie sein kann, daß ihr hypothekarisches Recht an den subhastirten Immobilien selbst gewahrt bleibe, für den Fall nämlich, daß von dem später insolvent gewordenen Ansteigerer trotz aller Kollokationsbordereaux keine Zahlung zu erhalten sein möchte.

## §. 34.

Der Schuldner ist, sobald ihm das Versteigerungsprotokoll zugestellt wird, zur Räumung der veräußerten Immobilien verpflichtet, und kann dazu durch jedes gesetzliche Zwangsmittel, selbst durch Personal-Arrest, angehalten werden.

Bevor der Ansteigerer das Licitationsprotokoll hat zustellen und die Räumung der angesteigerten Grundstücke bewirken lassen, ist er zu keiner Besitzhandlung und namentlich nicht zum Früchteverkauf berechtigt, (cf. II. Senat 1. Okt. 1831. Arch. 16. 1. 120.).

Fragt man, welche Mittel dem Ansteigerer zu Gebote stehen, um nach erfolgter Zustellung des Versteigerungsprotokolls die Räumung zu erzwingen, so steht ihm, wenn der Subhastat sich hartnäckig weigert, die angesteigerten Immobilien zu verlassen, unstreitig die gewöhnliche Räumungsklage, jedoch mit der Besonderheit, zu, daß auf Personalarrest erkannt werden, und daß die provisorische Vollstreckbarkeit des in I. Instanz zu erlassenden Urtheils unter allen Umständen verlangt werden kann.

Fragt man aber, wann die Räumung verlangt werden könne, so kann dies streng genommen trotz einer noch schwebenden Opposition gegen das Subhastationsverfahren unter allen Umständen geschehen, sobald nur dem Subhastaten das Licitationsprotokoll zugestellt worden ist, denn die Oppositionen gegen die Subhastation haben überhaupt keine aufschiebende Wirkung. Wenn aber der Ansteigerer trotz eines noch nicht entschiedenen Einspruchs die Räumung durchsetzte, so würde er dies auf seine Gefahr thun und sich, für den Fall, daß der Einspruch später als begründet erklärt werden möchte, allerdings Entschädigungsansprüchen aussetzen; deßwegen thut er besser, zu warten, bis die Oppositionen gegen das Subhastationsverfahren erledigt sind, wie dies auch in praxi immer geschieht.

## §. 35.

Durch den ihm ertheilten Zuschlag erwirbt der Meistbietende auf die verkauften Immobilien keine größeren Rechte, als der Schuldner zur Zeit des Zuschlags hatte. Seine Rechte gegen die allenfallsigen Miether oder Pächter werden nach den allgemeinen Bestimmungen des Civil-Gesetzbuchs und mit Berücksichtigung des Umstandes, ob die Mieth- oder Pachtverträge zur Zeit des Zahlungsbefehls ein gewisses Datum hatten und ob sie für den Fall des Verkaufes besondere Bestimmungen enthalten, beurtheilt.

I. Durch den Zuschlag erwirbt der Ansteigerer nicht mehr Rechte, als der Schuldner zur Zeit des Zuschlages hatte; dies heißt weiter Nichts, als daß die Eigenthumsrechte oder sonstigen dinglichen Ansprüche Dritter auf die Immobilien, durch die Subhastation nicht berührt werden. Hieraus folgt:

1) War der Subhastat nicht Eigenthümer, so erwirbt auch der Ansteigerer kein Eigenthum an den Immobilien (la vente de la chose d'autrui est nulle).

2) War das Eigenthum in der Hand des Subhastaten widerruflich, z. B. im Wege der Klage aus übermäßiger Verletzung, so gilt dieselbe Widerruflichkeit auch gegen den Ansteigerer und der nicht bezahlte Verkäufer kann stäts auf dem Wege der Resiliationsklage das angesteigerte Grundstück dem Ansteigerer wieder entreißen, wenn er auch, wie oben §. 33 N⁰. II. 2. gesagt wurde, nach dem Zuschlage sein Privileg nicht mehr gültig inscribiren lassen kann; dagegen wird die Resiliationsklage für den Verkäufer dann verloren sein, wenn er auf irgend eine Weise, z. B. durch Anmeldung seiner Forderung im Kollokationsverfahren, die Versteigerung anerkannt hat.

3) War das Immobile mit Servituten oder sonstigen Lasten beschwert, so bleiben diese auch gegen den Adjudikatar bestehen; ja sogar geht das Eigenthum, wenn es auch dem Subhastaten unbeschränkt zustand, im Falle des Art. 2177 B. G. B. nicht unbeschränkt auf den Ansteigerer über; war nämlich der Subhastat ein persönlich nicht schuldender Drittbesitzer, so leben diejenigen Servituten oder Realrechte, welche ihm vor seinem Besitz an dem Immobile etwa zustanden, nach der Zwangsveräußerung wieder auf.

4) Was dagegen die hypothekarischen Ansprüche, die sich von dem Subhastaten oder den Vorbesitzern herschreiben, betrifft, so werden diese zufolge des §. 33 N⁰. II. Gesagten alle ohne Ausnahme durch die Adjudikation in Ansprüche auf den Kaufpreis verwandelt und der Ansteigerer hat hinsichtlich der von ihm erworbenen Grundstücke niemals mehr eine hypothekarische Verfolgung zu befürchten.

II. Hinsichtlich der Rechte, welche der Ansteigerer gegen die etwa vorhandenen Pächter oder Miether der subhastirten Grundstücke hat, ist folgendes zu bemerken:

1) Hat der Mieth- oder Pachtvertrag ein sicheres Datum vor dem Zahlungsbefehl, so muß ihn der Ansteigerer in der Regel respektiren; doch muß der Mieth- oder Pachtpreis vom Tage des Zuschlages, an ihn bezahlt werden, wozu der Miether oder Pächter trotz aller Vorausbezahlungen verpflichtet ist (cf. supra §. 8 N°. II. und die Arch. 44. 2. B. 60. enthaltenen Urtheile); auch sind dem Ansteigerer etwaige Cessionen des Mieth- oder Pachtpreises für die Zeit nach dem Zuschlage nicht entgegen zu setzen. Das hier Gesagte gilt jedoch nur für den Fall, wo die Vorauszahlung oder Cession des Miethpreises nicht schon zu einer Zeit geschehen ist, als das Immobile noch nicht mit Hypotheken beschwert war (cf. Grenier I. 142.). Zwar ist die gesetzliche Begründung der durch den Gerichtsgebrauch des Landgerichts zu Cöln und des Appellhofes adoptirten Ansicht über die Wirkungslosigkeit der Vorauszahlungen und Cessionen des Miethpreises, nicht über allen Zweifel erhaben und namentlich nicht in dem Falle, wo die Vorauszahlung in Folge einer Klausel des Vertrages geschehen ist (cf. Art. 1753 B. G. B.); indessen wäre es gewiß für die Sicherheit des Hypothekenverkehrs äußerst wünschenswerth, wenn sich der Gerichtsgebrauch in der angegebenen Richtung immer mehr befestigte, weil sonst durch langjährige Miethverträge, verbunden mit Cession oder Vorausbezahlung des Miethpreises, den Gläubigern des Vermiethers das vielleicht über und über mit Hypotheken beschwerte Miethobjekt faktisch so gut wie entzogen werden könnte, ohne daß in den meisten Fällen die actio Pauliana eine genügende Aushülfe gewähren würde. Entscheidet man sich aber auch für das von dem Gerichtsgebrauch angenommene System, so werden doch dem Miether immer diejenigen Vorauszahlungen zu Gute kommen, welche er ortsgebräuchlich zu leisten hatte, es sei denn, daß der Kontrakt ihn von einer derartigen Verpflichtung ausdrücklich entbunden hätte.

Enthält der mit einem sichern Datum zur Zeit des Zahlungsbefehls versehene Mieth- oder Pachtvertrag die Klausel, daß im Falle des Verkaufs des Miethobjekts der Erwerber den Miether oder Pächter herauszusetzen befugt sein solle, so muß der Ansteigerer sich nach den Art. 1744 bis 1749 B. G. B. richten.

2) Hatte der Mieth- oder Pachtvertrag zur Zeit des Zahlungsbefehls kein sicheres Datum, so ist der Ansteigerer unter allen Umständen befugt, schon aus diesem Grunde allein den Vertrag aufzuheben und gegen den Miether oder Pächter auf Räumung zu klagen, sollte auch selbst der Miethvertrag in dem Licitationstermin vorgelegt worden sein. (Landgericht zu Cöln. 26. Februar 1839. — I. Senat. 24. Juli 1839. Arch. 29. 1. 102.)

3) Bereits oben sub 3 ist gesagt worden, daß der Ansteigerer die mit

einem sichern Datum vor dem Zahlungsbefehl versehenen Mieth- oder Pacht-verträge respektiren müsse; er muß dies sogar dann, wenn sie auf längere Zeit, als auf 9 Jahre abgeschlossen worden sind. Indessen können solche auf lange Jahre abgeschlossene Verträge, wenn sie auch ein sicheres Datum vor dem Zahlungsbefehl haben, dennoch in betrügerischer Absicht zur Verkürzung der Rechte der Gläubiger, z. B. zu einem geringen Pachtpreise und um dem Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger den Genuß des mit Hypotheken beschwerten Grundstücks lange zu erhalten, gethätigt sein. In diesem Falle würde allerdings den Gläubigern das Recht zustehen, den Vertrag in Gemäßheit des Art. 1167 mit der actio Pauliana als simulirt anzufechten; doch würden sie dieses Recht jedenfalls nur bis zu, nicht aber nach dem Zuschlage ausüben können, da sie nach demselben unter allen Umständen selbst durch die Vernichtung des Vertrags kein größeres Befriedigungsobjekt erhalten könnten, als den vom Ansteigerer zu zahlenden Kaufschilling. (cf. II. Senat 3. März 1838. Arch. 27. 1. 8.). Haben die Gläubiger aber nicht vor dem Zuschlage die Klage angestellt, so fragt sich, ob der Ansteigerer eintretenden Falls befugt sei, in seiner Qualität als Adjudikatar auf Vernichtung des simulirten Vertrages zu klagen. Die Frage möchte zu bejahen sein, denn indem der §. 35 Subh.-Ord. für den Fall des mangelnden sichern Datums dem Ansteigerer das Recht giebt, die Vernichtung des vor dem Zuschlage, also zu einer Zeit, wo er noch gar kein Recht auf das Immobile hatte, abgeschlossenen Vertrages zu verlangen, wird von der Voraussetzung ausgegangen, daß das nur im Interesse der Gläubiger bestehende Recht auf Vernichtung des Vertrages, durch den Zuschlag auf den Ansteigerer übergehe; warum sollte man also einen solchen Uebergang nicht auch da annehmen, wo die Klage auf Vernichtung des Vertrages, nicht auf dem mangelnden sichern Datum, sondern auf einer betrügerischen Simulation beruht? Würde bei der entgegengesetzten Ansicht der Betrügerei nicht Thür und Thor geöffnet werden? Der Eigenthümer eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks brauchte bloß vor dem Zahlungsbefehl gegen einen geringen Pachtpreis an eine vorgeschobene Person, z. B. ein Familienglied, durch authentischen Akt auf 20 oder mehr Jahre zu verpachten und den Pachtvertrag bis zur Adjudikation zu verheimlichen, so würden hierdurch seine Gläubiger in die Lage versetzt werden, den ihnen unbekannten faulen Vertrag nicht angreifen zu können und er hätte sich, oder was dasselbe ist, dem Genossen seines Betruges den jahrelangen Genuß des Grundstücks gesichert, während der Ansteigerer sich mit dem in dem Kontrakt stipulirten Spott-Pachtpreise begnügen müßte. Da überdies Niemand zu leiden braucht, daß ein Anderer sich dolose auf seine Kosten bereichere, so wird man dem Ansteigerer wohl nicht das Recht absprechen können, unter Umständen auch den vor dem Zahlungsbefehl mit einem sichern Datum versehenen Mieth- oder Pachtvertrag als simulirt anzufechten, wenn er die betrüge-

rische Absicht beweisen kann, (vgl. I. Senat 5. März 1827. Arch. 10. I. 182 und supra §. 4 N°. X.). Bisweilen wird allerdings dem Ansteigerer wegen besonderer Umstände das Recht zur Klage nicht zustehen; so wurde erkannt, daß er dann nicht für befugt erachtet werden könne auf Vernichtung des Vertrages zu klagen, wenn der Vertrag im Licitationstermin vorgelegt worden sei und keinen Widerspruch erfahren habe, weil in diesem Falle anzunehmen, daß auch der Steigpreis wegen des vorgelegten Miethvertrages ein geringerer geblieben sei, (II. Senat 3. März 1838. Arch. 27. 1. 8.).

III. Ueber die Frage, wer dem Ansteigerer im Falle der totalen oder theilweisen Eviktion der subhastirten Grundstücke garantiepflichtig sei, sind die verschiedenartigsten Systeme aufgestellt worden. Das am weitesten greifende System geht dahin, der Ansteigerer habe: 1) eine Garantieklage gegen den Extrahenten, 2) gegen den Subhastaten, 3) die condictio indebiti gegen alle aus dem Steigpreis bezahlten Gläubiger, zufolge Art. 1377 B. G. B., weil der Ansteigerer nur unter der Voraussetzung gezahlt habe, er würde Eigenthümer der subhastirten Grundstücke werden. Nach dem am engsten begrenzten System kann der evincirte Ansteigerer niemals auf die Gläubiger und den Extrahenten zurückgreifen, sondern bloß unter gewissen Umständen Garantieansprüche gegen den Subhastaten erheben. Zwischen den beiden gleichsam als Endpunkten angegebenen Systemen liegen aber außerordentlich viele verschiedene Ansichten in der Mitte, was die große Schwierigkeit der Frage beweiset. In der That würde eine wirkliche Erörterung dieser Frage eine eigene Abhandlung für sich erfordern, weßwegen von dem hier angenommenen System an dieser Stelle nur das Schema ohne nähere Begründung aufgestellt werden kann:

Es ist zu unterscheiden zwischen totaler und zwischen theilweiser Eviktion. Wird dem Adjudikatar das ganze angesteigerte Immobile durch den wahren Eigenthümer entrissen, so kann er den Steigpreis entweder bereits an die locirten Gläubiger bezahlt oder noch nicht bezahlt haben; im letztern Falle ist er berechtigt, die Zahlung des Steigpreises zu verweigern und es kann sich nur fragen, von wem er Ersatz der bezahlten Kosten und des etwa erlittenen Schadens zu verlangen berechtigt sei; hierfür ist ihm der Subhastat niemals dann verantwortlich, wenn er ein bloßer Drittbesitzer ist und wenn er persönlicher Schuldner des Extrahenten ist, nur dann, wenn der Extrahent auf Grund einer ihm von dem Subhastaten selbst bestellten Hypothek das Verfahren eingeleitet hat; in allen andern Fällen dagegen hat sich der evincirte Ansteigerer an dem Extrahenten zu erholen, welcher letztere eintretenden Falls auf denjenigen zurückgreifen mag, der ihm seine Hypothek bestellt hat.

In gewisser Beziehung stellt sich die Sache anders, wenn die Eviktion zu einer Zeit eintritt, wo der Ansteigerer den Steigpreis bereits an die locirten Gläubiger bezahlt hat. In diesem Falle kann er nämlich von jedem

einzelnen Gläubiger die an ihn gezahlte Summe zurückfordern und seine Garantie- und Entschädigungsansprüche richten sich nach der so eben aufgestellten Distinktion entweder gegen den Extrahenten oder gegen den Subhastaten. Die aufgestellte Distinktion beruht darauf, daß der Schuldner, indem er seinem Gläubiger eine Hypothek bestellte, diesem hierdurch implicite das Mandat gegeben hat, die verhypothecirte Sache zum gerichtlichen Verkauf zu bringen und daß der Mandatar durch die innerhalb der Grenzen seines Auftrags vorgenommenen Handlungen nicht sich, sondern seinen Mandanten verpflichtet; deswegen ist der Extrahent, welcher auf Grund einer ihm vom Schuldner bestellten Hypothek subhastiren ließ, von aller Verantwortlichkeit frei, es sei denn, daß ihn der Vorwurf einer besondern Arglist träfe, namentlich, daß ihm das Nicht-Eigenthum seines Schuldners bekannt gewesen wäre. Kann dagegen der Extrahent seine Hypothek, die z. B. eine judicielle sein mag, nicht aus einem Konsentirungsakt seines Schuldners herleiten oder ist er ein bloßer Chirographargläubiger, so ist er dem Ansteigerer dafür verantwortlich, daß er den Verkauf einer fremden Sache an letztern veranlaßt hat.

Etwas komplicirter gestalten sich die Verhältnisse, wenn dem Ansteigerer nur ein Theil der adjudicirten Grundstücke evincirt wird, oder, was dasselbe ist, wenn sich die Immobilien mit nicht sichtbaren Dienstbarkeiten beschwert finden, die einestheils vor dem Zuschlage nicht deklarirt, anderntheils so bedeutend sind, daß der Ansteigerer, wenn er sie gekannt, nicht gekauft haben würde (Art. 1636, 1637, 1638 B. G. B.).

Will in einem dieser Fälle der Ansteigerer sich mit der Verminderung des Steigpreises begnügen, so kann er zwar nach der so eben gemachten Unterscheidung sich an dem Extrahenten oder Subhastaten erholen; aber er kann auch den Gläubigern gegenüber entweder die Zahlung des vollen Kaufpreises verweigern, oder im Falle bereits geschehener Bezahlung von den zuletzt locirten Gläubigern das zuviel Gezahlte zurückfordern; in beiden Fällen ist natürlich über das Recht des Ansteigerers, den Steigpreis zu verkürzen, kontradiktorisch mit den Gläubigern zu verhandeln. Ist dagegen die theilweise Eviktion oder die Beschwerung der Grundstücke mit nicht sichtbaren Dienstbarkeiten so bedeutend, daß der Ansteigerer gemäß Art. 1636 und 1638 B. G. B. auf Auflösung des Kaufgeschäfts klagen kann und will, so hat er seine Klage gegen den Extrahenten oder gegen den Subhastaten nach der hier angenommenen Distinktion und zugleich gegen sämmtliche locirte oder voraussichtlich zu locirende Gläubiger anzustellen; jedoch ist hierbei zu bemerken: gegen den garantiepflichtigen Subhastaten oder Extrahenten geht das petitum der Klage auf Alles dasjenige, was überhaupt ein Käufer, im Falle der Auflösung des Kaufvertrages zu seinen Gunsten, von dem Verkäufer verlangen kann; gegen die Gläubiger dagegen kann der Klageantrag nur dahin gehen, daß sie für nicht berechtigt erklärt werden mögen, den Steigpreis von dem Ansteigerer zu verlangen, respective, daß sie verurtheilt werden mögen, die bereits erhaltenen Summen herauszugeben.

In Bezug auf die bisherige Praxis des Appellhofes werde bemerkt, daß, während früher die Ansicht zu prävaliren schien, der Extrahent sei niemals garantiepflichtig, oder wenigstens nur dann, wenn ihm eine besondere Arglist zur Last falle oder wenn er gewußt habe, daß das subhastirte Grundstück dem Schuldner nicht gehöre (cf. II. Senat. 12. Dez. 1833. Arch. 19. 1. 218. — I. Senat. 30. Juli 1834. Arch. 20. 1. 298. — III. Senat. 28. Januar 1835. Arch. 21. 1. 188.), — in neuerer Zeit dagegen der dem Obigen entsprechende Grundsatz Anerkennung gefunden hat, nach welchem der Extrahent dem Ansteigerer stets dann garantiepflichtig ist, wenn die Forderung, für welche er subhastiren ließ, nicht mit einer vom Schuldner selbst bestellten Hypothek versehen war. (cf. I. Senat. 3. Januar 1842. Arch. 32. 1. 137.)

## §. 36.

Wenn die gegen die Licitation vorgebrachten Einreden und Ansprüche (§§. 19. 20. 27. 28. 29. 30.) durch rechtskräftige Urtheile beseitigt sind, so kann jeder Betheiligte den Meistbietenden (§. 25.) und zwar auf dessen Kosten zur Erfüllung der Kaufbedingungen auffordern. Der Ankäufer ist alsdann gehalten, in den ersten drei Wochen vom Tage der Aufforderung dem Friedensrichter oder dem Deputirten die Quittungen und Beweise einzureichen, welche nach §. 33 erforderlich sind, um die Ausfertigung des Licitationsprotokolls in exekutorischer Form erhalten zu können. Geschieht dieses nicht, so kann unbeschadet aller gesetzlichen Zwangsmittel, der Wiederverkauf der subhastirten Immobilien von den Interessenten gefordert werden.

I. Der eigentliche Wiederverkauf (Resubhastation) kann nur dann verordnet werden, wenn der Ansteigerer nach Beseitigung der gegen die Licitation vorgebrachten Einreden und Ansprüche nicht den Kaufbedingungen nachkommt, deren Erfüllung ihm nach §. 33 obliegt, um die exekutorische Ausfertigung des Licitationsprotokolls zu erhalten, wenn er namentlich, trotz erhaltener Aufforderung, die Quittungen über Zahlung der Kosten und die sonstigen nach §. 33 und 36 erforderlichen Beweise dem Friedensrichter nicht überreicht.

Hat der Ansteigerer dagegen die bis zur Ablieferung des Licitationsprotokolls zu berichtigenden Kosten bezahlt und die bis dahin zu erfüllenden Kaufbedingungen erfüllt, so ist eine eigentliche Resubhastation gegen ihn nicht mehr statthaft, sondern die Gläubiger können die Zahlung des Steigpreises trotz aller entgegenstehenden Kaufbedingungen erst dann von ihm verlangen, wenn das Kollokationsverfahren beendigt ist und die Zahlungsanweisungen gegen den Ansteigerer ertheilt sind, (cf. III. Senat 28 August

1833. Arch. 19. 1. 173.). In diesem Stadium der Sache kann aber von einer Resubhastation im Sinne der §. 36 u. 37 nur dann die Rede sein, wenn sogar die zufolge §. 33 u. 36 bis zur Auslieferung des Licitationsprotokolls zu berichtigenden Kosten und zu erfüllenden Kaufbedingungen, noch nicht berichtigt, resp. erfüllt wären. In allen andern Fällen dagegen würden die locirten Gläubiger gegen den Ansteigerer nur die gewöhnlichen Zwangsmittel haben, zu denen natürlich auch die Subhastation der angesteigerten Realitäten gehört. (Vgl. unten das sub III. Gesagte).

II. Genügt der Ansteigerer nach Beseitigung der Einsprüche gegen die Licitation den Vorschriften des §. 33 nicht, so kann ihn jeder Betheiligte, d. h. der Extrahent, der Subhastat, und jeder Hypothekargläubiger, einerlei, ob er bereits auf den Kaufpreis locirt ist oder nicht, auffordern, den Vorschriften des §. 33 Subh.-Ord. nachzukommen und zwar braucht diese Aufforderung nicht den Erfordernissen eines Zahlungsbefehls im Sinne des §. 2 Subh.-Ord. zu entsprechen, daher namentlich nicht die Abschrift des Licitationsprotokolls zu enthalten, (cf. I. Senat 26. April 1836. Arch. 23. 1. 116.). Genügt der Ansteigerer der Aufforderung nicht innerhalb der Frist von drei Wochen, so erläßt der Friedensrichter auf den Antrag eines jeden der so eben bezeichneten Interessenten das Resubhastationspatent.

Wenn so eben gesagt wurde, jeder Hypthekargläubiger, selbst der noch nicht locirte, habe das Recht, den Ansteigerer zur Erfüllung derjenigen Bedingungen, welche bis zur Ausfertigung des Licitationsprotokolls genügt werden muß, aufzufordern, so gilt dies nur von solchen Bedingungen, welche sich nicht auf eine dem Ansteigerer zur Pflicht gemachte Bezahlung der Kaufgelder vor beendigtem Kollokationsverfahren, sondern z. B. auf Berichtigung der Kosten, Deponirung des Kaufpreises oder eines Theils derselben und dgl. beziehen; denn, wenn die Kaufbedingungen auch die Bestimmung enthielten, der Ansteigerer solle den Kaufpreis, mit Umgehung des Ordreverfahrens, sofort an die Hypothekargläubiger bezahlen, so würde dies ganz ohne alle Wirkung sein, da der Ansteigerer den Kaufpreis immer nur nach Beendigung des Kollokationsverfahrens an die locirten Gläubiger gegen Vorzeigung der Zahlungsanweisung zu bezahlen braucht. (Vgl. auch III. Senat 28. August 1833. Arch. 19. 1. 173). Ueberhaupt ist der durch die Subh.-Ord. zugelassene Wiederverkauf nicht mit der surenchère der B. P. O. auf eine Linie zu stellen, denn die Subh.-Ord. läßt den Wiederkauf ausdrücklich nur dann zu, wenn der Ansteigerer die, Behufs Erlangung der Ausfertigung des Licitationsprotokolls, vorab und bis dahin zu erfüllenden Bedingungen, dennoch nicht erfüllt; zu diesen Bedingungen kann aber die Zahlung des Kaufpreises an die Gläubiger niemals gehören, weil nach einer feststehenden Jurisprudenz diese Zahlung immer erst nach beendigtem Ordreverfahren zu leisten ist; der durch die Subh.-Ord. eingeführte Wieder-

kauf ist also deßwegen allein nicht zulässig, weil der Ansteigerer den locirten Gläubigern den Kaufpreis nicht bezahlt; um diese Zahlung zu erzwingen, müssen die Gläubiger vielmehr den sofort sub III. anzugebenden Weg einschlagen.

III. Welchen Weg hat der nützlich locirte Gläubiger einzuschlagen, um von dem Ansteigerer den Betrag seiner Kollokation einzutreiben?

Nach Art. 771 B. P. O. ist das dem angewiesenen Gläubiger gegebene Kollokationsbordereau gegen den Ansteigerer exekutorisch; es berechtigt also, wenn der Ansteigerer seiner Pflicht, zu zahlen, nicht nachkommt, zu allen möglichen Exekutionsarten gegen das ganze Vermögen desselben: seine Mobilien können gepfändet, Drittarreste können angelegt und seine sämmtlichen Grundstücke wegen dieser Forderung subhastirt werden; hat er einen Bürgen gestellt, so wird gegen diesen ebenso verfahren, wie gegen jeden andern Bürgen.

Doch die Hauptsache ist der Anspruch der Gläubiger gegen das betreffende Immobile selbst, auf dessen Kaufpreis sie angewiesen sind. Der eigentliche Wiederverkauf, in Gemäßheit der §§. 36—38 Subh.=Ord., kann zwar nur dann erfolgen, wenn der Ansteigerer sogar die bis zur Ausnahme des Licitationsprotokolls zu erfüllenden Bedingungen trotz erhaltener Aufforderung dennoch nicht erfüllt hätte, aber den Hypothekargläubigern steht, abgesehen, von der Klage auf Auflösung der Ansteigerung wegen Nichtzahlung des Kaufpreises, die sie Namens ihres Schuldners ausüben mögen, das Recht zu, die betreffenden Immobilien gegen den Ansteigerer noch einmal zu subhastiren. Diese zweite Subhastation ist jedoch nicht mit dem Wiederverkauf zu verwechseln, indem sie nicht in den abgekürzten Formen des letzteren Statt finden darf, sondern ein vollständiges, neues, mit einem besonderen Zahlungsbefehl beginnendes, Subhastationsverfahren darstellen muß.

Ist nun der Ansteigerer selbst noch im Besitz der Immobilien, so wird natürlich gegen ihn selbst subhastirt und hatte er in der Zwischenzeit keine neuen Hypotheken konsentirt, so dient der bei der zweiten Subhastation zu erzielende Kaufpreis natürlich zur Befriedigung aller bereits in dem früheren Ordreverfahren locirten Gläubiger; hierbei ist jedoch nicht zu vergessen, daß selbst in diesem Falle, dem zweiten Ansteigerer gegenüber, immerhin ein neues Ordreverfahren Statt finden muß, (Paris 16. April 1832. Sirey XXXII. 2. 493.), und daß der erste Ansteigerer für das Manco des zweiten Verkaufs im vorliegenden Falle wohl nicht dem persönlichen Arrest unterliegt, weil der §. 38 Subh.=Ord., welcher wegen der Differenz des Steigschillings Körperhaft statuirt, sich nur auf den Fall des Wiederverkaufs bezieht. — Hätte aber der erste Ansteigerer, gegen den wegen unterbliebener Zahlung subhastirt wird, in der Zwischenzeit bereits neue Hypotheken auf das Immobile gelegt, so würden die früheren, noch nicht perimirten Hypotheken unstreitig den später, nach dem Zuschlage konsentirten vorgehen, und die

früheren, gehörig gewahrten, von der Inscription unabhängigen Privilegien, (z. B. eines frühern Verkäufers) würden unter allen Umständen ihren Vorrang behalten; hinsichtlich derjenigen ältern Hypotheken aber, wo die Inscription selbst erst nach dem Zuschlag in der ersten Licitation erloschen wäre, könnte die Sache zweifelhaft sein; doch würden diese Gläubiger jedenfalls sich durch Transscription des Licitationsprotokolls das Privilegium des Verkäufers sichern können.

Wie verhält es sich aber, wenn der Ansteigerer bereits seiner Seits das Immobile an einen Dritten verkauft und dieser Dritte seinen Kaufakt hätte transscribiren, auch sich Quittung über die Zahlung des Kaufpreises geben lassen? In diesem Falle ist die zweite Subhastation gegen den dritten Erwerber zu richten. Doch ist dabei folgendes zu beachten: das Kollokationsbordereau ist nur exekutorisch gegen den ersten Ansteigerer persönlich, nicht aber gegen den dritten Erwerber; gegen letzteren kann also nur von demjenigen subhastirt werden, der ein gehörig gewahrtes hypothekarisches Recht hat. Hieraus folgt daß zur zweiten Subhastation in diesem Falle nur berechtigt sind: 1) der privilegirte Gläubiger, z. B. ein älterer Verkäufer, welcher sein von der Inscription unabhängiges Privileg schon vor dem Zuschlag im ersten Subhastationsverfahren gewahrt hat, 2) diejenigen Hypothekargläubiger, welche ihre Inscriptionen auch nach dem gedachten Zuschlage, nicht Mangels Erneuerung vor Ablauf von 10 Jahren, haben perimiren lassen. Wenn daher auch nach der neuesten Jurisprudenz (vgl. supra §. 33 II. 4.) die Erneuerung der Inscription nach dem Zuschlag im Subhastationsverfahren für unnöthig erachtet wird, um bei der Vertheilung des Steigpreises Locirung beanspruchen zu können, so wird doch jeder Gläubiger wohl thun, bis zur wirklichen Zahlung die Erneuerung erforderlichen Falls nicht zu unterlassen, weil er nicht wissen kann, ob nicht wegen späterer Insolvenz des Ansteigerers das Grundstück noch einmal subhastirt werden muß.

## §. 37.

Das dahin zielende Gesuch wird bei dem Friedensrichter oder dem Deputirten zu Protokoll gegeben, welcher nach Einsicht der vorgelegten Urkunde und Beweise den Wiederverkauf verordnet und das Subhastationspatent zu diesem Zwecke in der vorgeschriebenen Form (§. 12.) entwirft. Abschrift der den Wiederverkauf verordnenden Verfügung wird in den darauf folgenden 14 Tagen dem Meistbietenden in seinem wirklichen oder gewählten Wohnorte (§. 25.) zugestellt. Der Termin zur Licitation kann auf die Hälfte der im §. 13 bestimmten Fristen verkürzt werden, die Bekanntmachung geschieht durch Anschlag nach Vorschrift des §. 14. I., wo aber die Einrückung in den öffentlichen An=

zeiger nöthig ist, geschieht dieselbe beim Wiederverkauf nur Einmal. Alle übrigen Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes über das Verfahren sind auch bei dem Wiederverkaufe zu beobachten; Alles unter Strafe der Nichtigkeit, wie solches im §. 32 bestimmt ist. Der Wiederverkauf hat jedoch nicht Statt, wenn vor dem Zuschlage der erste Käufer die Erfüllung der Vorschriften des vorhergehenden Paragraphen nachweiset, und eine, von dem Friedensrichter zu bestimmende Summe zur Deckung der, durch das erneuerte Verfahren verursachten Kosten deponirt.

I. Wenn der Paragraph sich so ausdrückt: „Alle übrigen Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes sind auch bei dem Wiederverkauf zu beobachten,“ so kann dies nur den Sinn haben, daß die durch den §. 37 nicht direkt oder indirekt ausgeschlossenen Bestimmungen zu beobachten sind; so brauchen die Vorschriften der §§. 2, 3 u. 5 nicht befolgt zu werden; es bedarf weder eines Zahlungsbefehls noch einer Beschlagnahmeverfügung, noch auch einer neuen Eintragung letzterer in das Hypothekenbuch, da der Friedensrichter, nachdem ihm der Akt über die in Gemäßheit des §. 36 geschehene Aufforderung vorgelegt worden ist, ohne Weiteres zugleich mit der Verfügung des Wiederverkaufs das Resubhastationspatent erläßt; dagegen muß das letztere bei Strafe der Nichtigkeit dem §. 12 entsprechen. Welche Fristen aber in demselben zu beobachten, wem es zuzustellen und wie es bekannt zu machen sei, wird hierauf durch den §. 37 vollständig geregelt; meines Erachtens möchten daher nicht nur die §§. 13—15, sondern auch der §. 16 für den Fall des Wiederverkaufs als durch den §. 37 modificirt betrachtet werden müssen und namentlich die Zustellung des Patentes an die Hypothekargläubiger und an den Schuldner unnöthig sein.

Die Gründe für die Unanwendbarkeit des §. 16 sind folgende: 1) der §. 37 setzt offenbar voraus, daß die den Wiederverkauf verordnende Verfügung des Friedensrichters und das Resubhastationspatent einen Akt bilden, (cf. III. Senat 9. März 1842. Arch. 32. 1. 207.) und verordnet die Zustellung dieser Verfügung, in den nächsten 14 Tagen nach ihrer Erlassung an den Ansteigerer; hätte es nun im Willen des Gesetzgebers gelegen, die Zustellung des Resubhastationspatentes auch an die Hypothekargläubiger und den Schuldner bei Strafe der Nichtigkeit vorzuschreiben, so hätte er auch die Frist und den Anfangspunkt derselben bestimmen müssen; 2) die Beobachtung des §. 16 Subh.=Ord. kann nur dann eine Bedeutung haben, wenn sie in der durch diesen Paragraphen vorgeschriebenen Frist erfolgt; nun wäre aber die Innehaltung der 14tägigen Frist des §. 16 im Resubhastationsverfahren gar nicht einmal möglich, weil für dieses Verfahren die §§. 13—15, nach denen die Frist des §. 16 berechnet wird,

aufgehoben sind; 3) der Art. 740 B. P. O. schrieb auch nicht die Zustellung des Resubhastationspatents an die Hypothekargläubiger vor.

Man wird sich daher sowohl hinsichtlich der Fristen und Bekanntmachungen, als auch hinsichtlich der Zustellung des Resubhastationspatentes lediglich nach dem §. 37 zu richten haben. Dagegen gelten in Betreff des Verfahrens im Licitationstermin wieder alle sonstigen Vorschriften der Subh.-Ord.

II. Hinsichtlich der Oppositionen des Resubhastaten gelten die Vorschriften über Incidentpunkte im Subhastationsverfahren überhaupt; die §§. 19, 27, 28, 29 und 31 sind anwendbar und es ist daher z. B. die gegen ein Urtheil des Landgerichts (welches über vor, in oder nach dem Licitationstermin eingelegte Oppositionen des Resubhastaten entschieden hat) eingelegte Berufung nur dann statthaft, wenn sie in Gemäßheit des §. 31 eingelegt worden ist. (cf. supra §. 31 N°. IV. und V. — III. Senat. 7. März 1849. Arch. 44. 1. 15. — III. Senat. 18. April 1849. Arch. 44. 1. 23.)

## §. 38.

Sollte bei dem Wiederverkaufe das Gebot, für welches dem ersten Ankäufer der Zuschlag war ertheilt worden, nicht erreicht werden, so ist dieser zur Ergänzung desselben gegen die Gläubiger, oder, nach deren Befriedigung, gegen den Schuldner verpflichtet und zu deren Leistung dem Personalarreste unterworfen, unbeschadet jedes andern gesetzlichen Zwangsmittels.

Der Paragraph verpflichtet den Resubhastaten nur zur Deckung des Ausfalls im Gebote; nicht also zur Erstattung der Kosten der ersten Subhastation. Dies ist ganz natürlich, da bei der Wiederversteigerung die ursprünglichen Kaufbedingungen zu Grunde gelegt werden und daher auch dem zweiten Ansteigerer sämmtliche Kosten zur Last fallen müssen; für den zweiten Ansteigerer liegt hierin keine Beschwerde, da er sich vorher von dem ihm zur Last fallenden Kostenbetrage überzeugen und hiernach sein Gebot einrichten konnte.

Wenn auch die Subhastations-Ordnung den Art. 744 B. P. O., nach welchem das Mehrergebniß bei der zweiten Versteigerung nicht dem Resubhastaten, sondern den Gläubigern, resp. dem Schuldner zu Gute kommt, nicht wiedergibt, so möchte sich doch gegen die fortdauernde Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes schwerlich ein gegründetes Bedenken erheben lassen.

## §. 39.

Wenn alle, bei dem Subhastationsverfahren betheiligte Personen volljährig sind, und die freie Disposition über ihr Vermögen haben,

so steht es ihnen frei, das Subhastationsverfahren in jeder Lage aufzuheben und sich über eine andere Art der Veräußerung zu vereinigen.

cf. Art. 747, 748 B. P. O.

## §. 40.

Der Friedensrichter, sein Gerichtsschreiber und die Gerichtsboten erhalten die in der Anlage festgesetzten Gebühren. Findet das Subhastationsverfahren bei einem Landgerichte statt (§. 1.), so hat der Deputirte des Gerichts keine Gebühren zu beziehen, und es bleibt hinsichtlich des Gerichtsschreibers bei den allgemeinen Sätzen, wie sie in den Gesetzen regulirt sind.

Vgl. die Verfügung des General-Prokurators vom 12. April 1846, welche bestimmt, daß die Friedensrichter keine Gebühren erheben sollen, wenn es nicht zur Subhastation gekommen ist.

## §. 41.

Der 12te und 13te Titel des fünften Buchs des ersten Theils der rheinischen Gerichtsordnung und die damit in Verbindung stehenden späteren Gesetze sind vom Tage der Bekanntmachung des gegenwärtigen Gesetzes aufgehoben. Die an diesem Tage nach Vorschrift der genannten Gerichtsordnung bereits eingeleiteten Subhastationen, sollen, in sofern die für den präparatorischen Zuschlag vorgeschriebenen Bekanntmachungen noch nicht stattgefunden haben, nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes fortgesetzt werden, in der Art, daß der Friedensrichter oder Deputirte auf den Grund der, nach Art. 675 der rheinischen Proceß-Ordnung geschehenen Beschlagnahme das Weitere verfügt.

Hinsichtlich der Subhastationen, bei welchen die für den präparatorischen Zuschlag vorgeschriebenen Bekanntmachungen bereits geschehen sind, steht es dem Gläubiger frei, das bisherige Verfahren aufzuheben, und solches nach der Vorschrift des gegenwärtigen Gesetzes einzuleiten.

Die Aufhebung des 12ten und 13ten Titels des 5ten Buches 1ten Theils der B. P. O. bezieht sich nur auf das bei Zwangsverkäufen zu beobachtende Verfahren. Einestheils sind daher die in diesen Titeln enthaltenen Bestimmungen, welche zu dem materiellen Recht gehören, heut zu Tage noch insofern anwendbar, als sie keine Specialnormen sind, sondern mit den Principien unseres Rechts, und namentlich der Subhastations-Ordnung, über-

haupt im Einklang stehen, anderntheils sind auch die formellen Vorschriften der beiden Titel nur in Bezug auf Zwangsverkäufe aufgehoben und bei andern Verkäufen noch fortwährend in dem Falle zu beobachten, wo ein anderes Gesetz vorschreibt, daß man sich bei diesen Verkäufen nach einzelnen Artikeln der beiden Titel zu richten habe, wie dies z. B. der Art. 965 B. P. O. hinsichtlich der Art. 701 u. ff. B. P. O. thut. (cf. I. Senat. 22. August 1831. Arch. 15. 1. 260.)

## §. 42.

Die Artikel 2210 und 2211 des Civilgesetzbuches werden dahin modificirt, daß die dort über die Bezirke oder Arrondissements gegebenen Bestimmungen von den jetzt bestehenden landräthlichen Kreisen zu verstehen sind.

Hinsichtlich dieses Paragraphen wird auf Theil I. §§. 90 bis 97 verwiesen.

# Anlagen.

## Anlage A.

### Gebühren-Taxe.

| Der Friedensrichter hat zu beziehen: | Wenn die Grundsteuer beträgt | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | 4 Thlr. oder weniger | | über 4 bis 20 Thlr. | | über 20 Thlr. | |
| | Thlr. | Sgr. | Thlr. | Sgr. | Thlr. | Sgr. |
| a) für die Aufnahme des Antrages auf Beschlagnahme . . . . . . . | — | 15 | 1 | — | 1 | 15 |
| b) Verfügung der Beschlagnahme . . | — | 10 | — | 20 | 1 | — |
| c) für die Abfassung des Subhastations-Patents . . . . . . . . . | 1 | — | 2 | — | 3 | — |
| d) für die Abhaltung des Subhastations-Termins und die Abfassung des Protokolles darüber . . . . . . . | 2 | — | 3 | — | 4 | — |

Im Falle einer gegen den ersten Ansteigerer einzuleitenden Resubhastation (§. 37) werden die nämlichen Gebühren, wie oben bemerkt, bewilligt. Der Gerichtsschreiber bezieht die Expeditions-Gebühren nach Vorschrift des Art. 9 des Dekrets vom 16. Februar 1807.

Die Gerichtsboten beziehen für die von ihnen gemachten Akte, Zustellungen, Anheftungen 2c. die Gebühren, wie solche im Art. 29 des Dekrets vom 16. Februar 1807 bestimmt sind, sowohl hinsichtlich der Originalien als der Abschriften der Akte selbst und der zugleich abschriftlich mit significirten Urkunden. Hinsichtlich der Reisegebühren bleibt es ebenfalls bei der Vorschrift des Art. 66 des Dekrets.

# Anlage B.

## Spätere auf die Regelung der Kaufbedingungen bezügliche Gesetze.

### 1) Cabinets-Ordre vom 9. April 1836.

„Auf Ihren Bericht vom 22. v. M. bestimme Ich, daß gegen die Kaufbedingungen, welche nach der Subhastations-Ordnung für die Rheinprovinz vom 1. August 1822 §§. 4 und 5 durch den Extrahenten der Subhastation zu entwerfen sind, sowohl von dem Schuldner als von dem Hypothekargläubiger, es sei persönlich oder durch einen Special-Bevollmächtigten, bei dem mit der Subhastation beauftragten Friedensrichter oder dem sonst dazu ernannten Deputirten Erinnerungen angebracht werden dürfen, über welche der Richter im Licitations-Termine, noch vor dem Ausgebote, durch einen in das Protokoll aufzunehmenden Beschluß zu entscheiden hat, der die Kaufbedingungen definitiv feststellt und weder der Berufung, noch dem Cassations-Rekurse unterworfen ist. Sie haben diese Modifikation der rheinischen Subhastations-Ordnung durch die Gesetzsammlung zur öffentlichen Kenntniß zu bringen."

Berlin, den 9. April 1836.

Friedrich Wilhelm.

### 2) Cabinets-Ordre vom 11. Dezember 1841.

„Auf den, von dem Staatsministerium in dem Bericht vom 16. v. M. unterstützten Antrag der rheinischen Provinzialstände, bestimme Ich zur näheren Erläuterung der Ordre vom 9. April 1836, daß die Friedensrichter in der Rheinprovinz, bei Feststellung der Kaufbedingungen im Subhastations-Verfahren, die Zahlungs-Termine der Kaufgelder ohne Einwilligung der Gläubiger nicht über zwei Jahre, vom Tage des Licitations-Termines ab, hinaussetzen dürfen. Diese Meine Bestimmung ist durch die Gesetzsammlung bekannt zu machen."

Charlottenburg, 11. Dezember 1841.

Friedrich Wilhelm.

Fuchs.